MANUALI BARBÈRA

DI SCIENZE GIURIDICHE, SOCIALI E POLITICHE.

Serie teorica.

BENINI (R.), **Principii di Demografia** (XXIX). . . . Lire 2. —

BRUGI (B.), **Introduzione enciclopedica alle Scienze Giuridiche e Sociali.** *Terza ediz. con correz. ed aggiunte* (XV). 2. —

CALISSE (C.), **Storia del Diritto italiano.** Vol. I: Le Fonti. *Seconda edizione corretta ed ampliata* (XVII) . . . . 2. —

—— —— Volume II: Diritto Pubblico. *Idem* (XVIII). . . . . 3. —

—— —— Volume III: Diritto Privato (XIX) . . . . 2. —

—— **Diritto Ecclesiastico.** *Nuova edizione corretta ed ampliata* (XX). . . . . 2. —

—— **Storia del Diritto Penale Italiano** (XXIII) . . . . . 2. —

COGLIOLO (P.), **Filosofia del Dir. Privato.** *2ª ediz.* (II) . 2. —

COSTA (E.), **Storia del Diritto Romano Privato** (VI). 2. —

—— **Storia del Diritto Romano Pubblico.** *In preparazione* (VII).

D'ALVISE (P.), **Nozioni teorico-pratiche di Contabilità di Stato** (XXVIII). . . . . 3. —

FILIPPI (A.), **Principii di Medicina Legale** per gli Studenti legge ed i Giurisperiti. *Seconda edizione* (X) . . . . 2. —

GIANTURCO (E.), **Istituzioni di Diritto Civile Italiano.** *Sesta edizione* (I) . . . . 2. —

GRASSO (G.), **Principii di Diritto Internazionale Pubblico e Privato.** *Terza edizione* (V). . . . . 2. —

—— **La Costituzione degli Stati Uniti dell'America Settentrionale** (XXI) . . . . 2. —

LUCCHINI (L.), **Elementi di Procedura Penale.** *Terza edizione riveduta ed ampliata* (XXII) . . . . 3. —

MAJORANA-CALATABIANO (G.), **La Statistica teorica e applicata,** con 11 grafici. *Seconda edizione* (XI) . . . . . . 2. —

MARCHETTI (V.), **Compendio di Diritto Penale** (XXV). 2. —

MINGUZZI (L.), **Princ. Costituzioni Straniere** (XXVII) . 3. —

MORTARA (L.), **Principii di Procedura Civile.** *Quinta edizione* (XII) . . . . 2. —

—— **Istituzioni di Ordinamento Giudiziario.** *Seconda edizione riveduta* (XIV). . . . . 2. —

ORLANDO (V. E.), **Principii di Diritto Costituzionale.** *Terza edizione* (IV) [illegible] . . . . 2. —

—— **Principii** [illegible] *ediz.* (XVI . 2. —

PEROZZI (S[illegible]o. *In preparazione* (XXVI).

Italy

RICCA SALERNO (G.), **Scienza delle Finanze.** *Seconda edizione* (III) . . . . Lire **2. —**

SUPINO (D.), **Istituzioni di Diritto Commerciale.** *Nona edizione riveduta ed ampliata* (IX) . . . . **3. —**

VALENTI (G.), **Principii di Economia Politica.** *In preparazione* (VIII).

WAUTRAIN CAVAGNARI (V.), **Elementi di Scienza dell'Amministrazione.** *Seconda edizione* (XIII) . . . . **2. —**

Serie pratica.

CODICE DI PROCEDURA CIVILE, illustrato con le decisioni delle Corti. *Settima edizione* **2. 50**

CODICE PENALE, con la Giurisprudenza del primo quadriennio 1891-94 e gli Atti ufficiali, aggiuntevi le nuove Leggi di Pubblica Sicurezza, luglio 1884. *Quinta edizione* **3. 50**

CODICE DI COMMERCIO DEL REGNO D'ITALIA, illustrato colle decisioni delle Corti. *Quinta edizione* . . . . . **3. —**

CODICE CIVILE DEL REGNO D'ITALIA, illustrato con le decisioni delle Corti. *Settima edizione*. . . . . **3. —**

CODICE DI PROCEDURA PENALE e Legge di pubblica sicurezza con tutte le altre Leggi penali, e con commenti teorici e pratici. *Quinta edizione*. . . . . **3. —**

CODICE COMPLETO DELLE ISTITUZIONI PUBBLICHE DI BENEFICENZA, con gli atti parlamentari, riferenze, circolari, giurisprudenza e commenti pratici. *Terza edizione.* **3. —**

CODICE DEL CREDITO FONDIARIO, con tutte le leggi, regolamenti, circolari, e la legge 6 maggio 1891, norme per la concessione dei mutui, tariffe e tabelle. *Seconda edizione* . . **2. 50**

CODICE DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA: Leggi e regolamenti per gli affari e i ricorsi innanzi al Consiglio di Stato ed alle Giunte provinciali amministrative, con commenti e giurisprudenza. *Quarta edizione*. **2. 50**

CODICE MARITTIMO - Codice per la marina mercantile - Codice commerciale marittimo - Regolamento per la marina mercantile, con raffronti, motivi tratti dagli atti ufficiali, note bibliografiche, raccolta di giurisprudenza italiana, commenti, copiosi indici. *Seconda edizione*. **3. 50**

CODICE POLITICO AMMINISTRATIVO. Raccolta completa delle leggi e dei regolamenti concernenti la pubblica amministrazione nei suoi rapporti politici e amministrativi, con commenti, raffronti, giurisprudenza completa. *Quinta edizione* . . . . . **5. —**

CODICE DELLE SOCIETÀ COOPERATIVE. Raccolta delle disposizioni di Legge e di Regolamento con commenti di dottrina e giurisprudenza. *Terza edizione*. **2. 50**

(Segue)

MANUALI BARBÈRA.

I.

OPERE GIURIDICHE DELLO STESSO AUTORE.

SISTEMA DI DIRITTO CIVILE ITALIANO. Parte generale. (Pierro editore - 2ª ediz. - 1894, Napoli.) L. 8. —

DELLE FIDUCIE NEL DIRITTO CIVILE ITALIANO. (Leonardo Vallardi - 2ª edizione - 1884, Napoli.) 1. 50

ESAME CRITICO DEL FONDAMENTO E DELL'UTILITA DELLA PERENZIONE D'ISTANZA. - (2ª edizione - Melfi, 1884.) Esaurito.

GLI STUDI DI DIRITTO CIVILE E LA QUISTIONE DEL METODO IN ITALIA (Estratto dal *Filangieri*, Dispensa di Dicembre 1881). Esaurito.

INTRODUZIONE ALLE LEGGI CIVILI DELL'IMPERO TEDESCO, nel *Manuale di Legislazione universale* di Fioretti.

DEL MANDATO A DONARE CUI VOLES. (Pierro editore, 1888, Napoli.) . . . . 3. —

EMANUELE GIANTURCO

PROF. ORDINARIO DI DIRITTO CIVILE NELLA R. UNIVERSITÀ DI NAPOLI.

ISTITUZIONI

DI

DIRITTO CIVILE ITALIANO

Sesta edizione.

FIRENZE,

G. BARBÈRA, EDITORE.

1904.

AVVERTENZA

PER LA QUINTA EDIZIONE.

Sciogliendo un' antica promessa, ho accuratamente riveduta la quinta edizione di queste mie Istituzioni; ma non ho stimato bene mutarne nè il disegno, nè la semplicità dell' esposizione, parendomi esorbitante dal modesto fine didattico, che questo libro si propone di conseguire, quell' apparato sistematico che altri autori di libri d' Istituzioni, certo per altri rispetti pregevolissimi, hanno creduto invece di adottare. Per le medesime ragioni non ho neppure ampliata la bibliografia, anzi sono stato sul punto di sopprimere anche gli scarsi accenni contenuti nelle edizioni precedenti.

Ho invece tenuto conto dei suggerimenti venutimi dai colleghi che hanno adottato il mio libro in parecchie università italiane, e nei quali l' esperienza della scuola è pari alla profondità e alla sodezza della dottrina.

Napoli, 7 gennaio 1899.

Prof. EMANUELE GIANTURCO.

AVVERTENZA

PER LA TERZA EDIZIONE.

In questa terza edizione ho fatto tesoro dei suggerimenti dei professori Miraglia, Guarracino e Filomusi-Guelfi. La fretta dell' Editore non mi ha concesso di accoglierli tutti; quello fra gli altri dell' illustre professore Filomusi-Guelfi, che contrassegnassi con un punto interrogativo le opinioni disputate, e da me abbracciate senza alcuna motivazione.

Augurandomi di poter procedere, in occasione d' una nuova edizione, a una generale revisione del mio lavoro, terrò conto del pratico ed acuto suggerimento dell' illustre Professore: il quale, adottando il mio libro nell' università romana, gli ha fatto il maggiore e più desiderato elogio che io mi potessi sperare.

Napoli, 15 febbraio 1889.

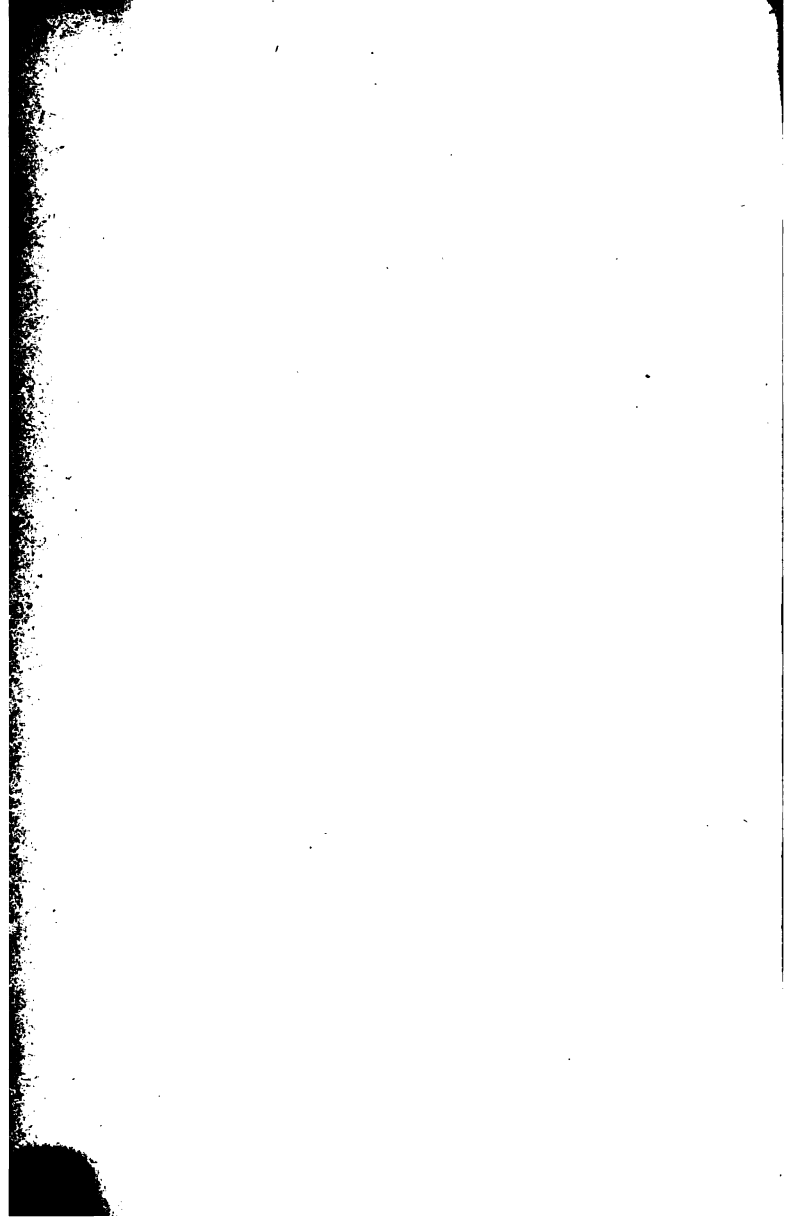
Prof. EMANUELE GIANTURCO.

AVVERTENZA

PER LA SECONDA EDIZIONE.

In capo a un anno questo Manuale ricomparisce nella medesima veste e con pochi e non sostanziali mutamenti. Ciò non deve essere argomento, che l'Autore non voglia farne; ma invece che egli aspetta per accingervisi un più largo sussidio dell'esperienza propria e dell' altrui, senza la quale è impossibile assicurare lunga vita a lavori di tal fatta. Di essi si può ben dire, che assai di rado vengon fuori armati di tutto punto, come Minerva dal capo di Giove: si perfezionano invece mercè la continua e collettiva esperienza della scuola. Colgo quest' occasione per ringraziare i molti colleghi, che hanno adottato questo Manuale, e specialmente il prof. Serafini, che nell' accoglierlo mi fu largo di benevolenza e di consigli.

Napoli, 8 dicembre 1887.

Prof. EMANUELE GIANTURCO.

AVVERTENZA

PREMESSA ALLA PRIMA EDIZIONE.

Il fine, che il benemerito Editore si propone di conseguire colla pubblicazione di questi *Manuali*, è triplice. A somiglianza dei Manuali classici inglesi, i nostri dovrebbero servire agli uomini *colti* per avere notizia elementare sì, ma soda e precisa delle scienze sociali e giuridiche; ai *dotti* per ritornare sulle cose apprese e riprovare la verità dei principii sommi al lume delle esperienze e applicazioni quotidiane; agli *studenti* infine per riannodare intorno a quei principii tutto lo svolgimento, che loro si suole dare nelle Accademie, e che forma non iscarsa fonte d'industria per inetti compilatori.

Per raggiungere il triplice fine mi è parso necessario delineare, con la maggior precisione e concisione possibile, l'intima struttura, lo scheletro, per così dire, degl'istituti giuridici. L'esame della *funzione* e delle *relazioni* loro è proprio ufficio del *Sistema*, il cui apparato logico e giuridico è affatto sproporzionato e disadatto alle *Istituzioni*. Ho quindi seguito una via affatto diversa da quella, che inaugurai in Italia colle mie *Istituzioni* (Sistema) *di diritto civile;* specie rispetto alla *Parte generale*, ivi ampiamente svolta, e che qui sarebbe stata fuor di luogo.

Avevo sempre fisa la mente all'insuperabile modello delle *Istituzioni gaiane*, dove è mirabilmente compendiata l'*Anatomia* del diritto civile: la *Fisiologia* di tutta la nostra scienza trovò posto più opportuno nelle Pandette.

Perciò ho trasandato l'esposizione del diritto romano e della sua ulteriore elaborazione per opera degl'interpetri e della pratica dei tribunali. In un breve *Manuale* la difficoltà maggiore è forse quella di non lasciarsi vincere dal desiderio di parere erudito, e di serbare un'equa misura fra le diverse parti. Più volte, scegliendo fra cozzanti opinioni quella, che, a mio giudizio, era la più giusta; anzichè perdermi in lunghe dissertazioni, mi sono appigliato al partito di affermare gratuitamente: e in altri luoghi, per essere breve, ho trasandato perfino gli esempi, colla speranza, che i dubbi dei giovani dilegui la viva voce del maestro, e che ai dotti la mia idea apparisca chiara di per sè sola.

I giovani, che volessero fare più lungo cammino, possono attingere le necessarie notizie bibliografiche nell'*Arndts-Serafini* (Trattato delle Pandette) pel diritto romano; nell'*Aubry et Rau* (Zachariæ) pel diritto francese, e nelle mie *Istituzioni* (Sistema) pel diritto italiano: nel presente *Manuale* ho curato di ricordare in nota soltanto le principali opere pubblicate posteriormente.

Napoli, 15 luglio 1886.

Prof. EMANUELE GIANTURCO.

INTRODUZIONE.

§ 1. — Nozione, obbietto e partizione della scienza del diritto.

La morale e il diritto riposano sul *comune fondamento etico*, in quanto tendono alla realizzazione del *Bene:*[1] l'esterna conformazione alla legge, la dissonanza aperta fra la *legalità* e la *moralità*, l'infecondo desiderio del bene sarebbero sicuro indizio o di imperfezione nel diritto positivo o di generale corruzione e fiacchezza del sentimento del dovere. Tuttavia la morale riguarda l'interno motivo del volere, mentre il diritto e lo Stato, che ne è l'organo, riguardano le *azioni;* ond'è, che a differenza della morale, il diritto si può far valere con la *forza.*[2] Storicamente la sfera del diritto, dove si è allargata, dove ristretta dopo lotte secolari e asprissime, mercè cui è stata assicurata la *libertà individuale* da persecuzioni religiose e politiche, e garentito il diritto mediante la *coazione.*

Notisi però che sebbene il diritto non imponga l'osservanza dei precetti morali, pure esercita un'influenza morale *negativamente,* annullando cioè tutti i negozi giuridici *contrari ai buoni costumi* (art. 12, Disp. prel.).

Il diritto in senso *obbiettivo* (NORMA AGENDI), secondo

---

[1] V. FILOMUSI-GUELFI, *Enc. giur.*, § 5.

[2] La legge è quindi un *comando: Lex est generale iussum populi,* L. 1, Dig. 1, 3. È celebre la frase, che la spada senza la bilancia sarebbe simbolo di *prepotenza,* la bilancia senza la spada di manifesta *impotenza*

la definizione kantiana,[1] è l'*insieme delle condizioni, sotto le quali l'arbitrio di ciascuno può coesistere con l' arbitrio di tutti, secondo un principio generale di libertà.* Ma oltre quel lato formale del diritto (*condizioni*) e l'effetto della *coesistenza* (*coordinazione* e *subordinazione* dei singoli elementi della *società* e dello *Stato*), conviene considerare che « il diritto ha la sua *forma* e la sua *materia*. La *ragione* è la forma, rilevata da Platone, da Aristotele, dagli stoici, dai filosofi e dai giureconsulti romani, da san Tommaso, da Dante,[2] da Bruno, da Grozio, da Vico, da Hegel, da Rosmini e da Trendelenburg. La *materia* è il *bisogno della vita*, l'*esigenza della specie*, l'*utilità*: elementi chiariti dai materialisti e dai positivisti moderni, da Epicuro, da Bentham e da Stuart Mill. Il diritto presuppone la *vita comune* con il *linguaggio*, con l'*abitudine* e con l'*eredità*, come hanno dimostrato specialmente Aristotele, Mill, i Darwinisti e Spencer. Esso nel recarsi in atto si fa valere con la *forza*, di cui parla Trasimaco, e con la coazione fisica e psicologica di Hobbes; e diviene la *forza unita di tutti*, o la potenza avvalorata dall'accordo, come pensa Spinoza. Il diritto si manifesta concretamente mercè il *volere del maggior numero* di Rousseau, e produce la *limitazione della libertà*, su cui Kant e Fichte fondano le loro teorie, e l'*armonia* di Herbart, in seguito di quella *lotta*, intorno a cui discorrono Vico e Jhering. In ultimo si noti, che il diritto, essendo pur un principio etico superiore, offre e garentisce le condizioni necessarie alla vita dell'uomo ed al suo *perfezionamento*, come insegnano Krause ed Ahrens.[3] »

---

[1] KANT, *Metaph. Anfangsgründe der Rechtslehre*, pag. 81. — Berlin, 1870.

[2] Ius est *realis et personalis proportio*, quæ servata servat (societatem), corrupta corrumpit.

[3] MIRAGLIA (*Filosofia del diritto*, pag. 85), il quale ha istituito un esame profondo e lucidissimo delle diverse *definizioni* del diritto.

Così inteso, il diritto in senso obbiettivo risponde alle *condizioni naturali* di ciascun popolo e di ciascuno Stato; e storicamente muta con esse, tostochè la coscienza dei nuovi bisogni si è fatta viva, e trova eco negli organi dello Stato. Perciò il diritto *positivo* è essenzialmente *storico* e *nazionale*; poichè, non ostante la comunanza internazionale, ogni dì meglio avvertita degl' interessi e degl' intenti, non accadrà mai, che tutti gli Stati abbiano bisogni pienamente eguali e una legislazione universale comune, che tutti li regoli uniformemente.

Però, attraverso le forme mutevoli, permane immutata e immutabile l' idea universale del diritto, come *motore e sostanza prima* di ogni legislazione positiva: di qui gli antichi trassero la distinzione fra il diritto *positivo* e il diritto *naturale*[1] o *ideale*: l' uno nazionale, particolare e mutevole, l'altro universale, ed eterno; nato prima degli uomini e degli Stati, e segnato come ultima meta al faticoso cammino dell'umanità. Siffatto modo del tutto individualista e astratto d' intendere il diritto naturale ha esercitato non poca influenza e nella storia dei sistemi filosofici e nelle legislazioni positive: ma esso è affatto erroneo, poichè, pure ammettendo che vi siano esigenze *razionali* tendenti alla riforma del *ius constitutum*, ogni diritto è essenzialmente *positivo*, e presuppone lo *Stato* che ne è l'organo, e la *società*, che coi suoi bisogni fornisce materia a legiferare; e fuori della quale l' uomo sarebbe, secondo la frase aristotelica, una *bestia* o un *Dio*.

Guardando all' uomo, e alle varie aggregazioni umane, il diritto potrebbe organicamente dividersi in *diritto della persona individuale* (diritti essenziali e patrimo-

---

[1] I Romani ebbero del diritto naturale un concetto in parte più largo e in parte più ristretto dei moderni: *Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit, cum ius istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quæ in cœlo, quæ in terra, quæ in mari nascuntur* (*Pr. Ist.*, 1, 2).

niali), *diritto di famiglia, diritto di società, diritto di Stato, diritto internazionale o delle genti.* Però la suddetta partizione, filosoficamente esatta, non risponde alle necessità di un' esposizione organica della scienza giuridica; essa dilanierebbe l' organismo vivo degl' istituti, e ravvicinerebbe, per caratteri soltanto *formali,* istituti, il cui carattere sostanziale è affatto diverso.

La distinzione tradizionale romana fra il diritto *pubblico* e il *privato,* offuscata nel medio evo a causa del sistema feudale, è stata rimessa in piena luce nei tempi moderni, non solo perchè risponde meglio alle necessità di un' esposizione organica della scienza giuridica, ma per la ragione sostanziale, che *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (L. 38, Dig. 2, 14: art. 12, Disp. prel. al Codice civile); laddove i privati possono derogare alle norme stabilite dalla legge per supplire al loro silenzio. Bisogna tuttavia avvertire le difficoltà non lievi di stabilire il preciso criterio di distinzione fra il diritto pubblico e il privato: riconosciuto insufficiente il criterio romano dell' *utilitas* (§ 4, *Ist.,* 1, 1), e scartato, come affatto erroneo, quello del *luogo,* che tiene una disposizione; si può notare soltanto: 1) che il diritto pubblico costituisce d' ordinario un *dovere* pubblico; 2) che esso è dominato dallo spirito della *generalità,* laddove il privato è ispirato da quello dell' *individualità;* 3) che l' uno si riferisce agl' interessi della comunanza civile e dello Stato, come persona politica, laddove l' altro si riferisce ai privati interessi. Il DIRITTO PRIVATO (*commerciale* e *civile* [1]) contiene norme di diritto privato e di diritto pubblico; il *civile* regola i rapporti, in cui si trovano le persone, come SUBBIETTI DI PATRIMONIO (*diritti reali di obbligazione e di succes-*

---

[1] Oggi l' aggettivo *civile* non è preso nel senso generale romano di *ius proprium civitatis* (§ 2, *Ist.,* 1, 2).

sione) e come MEMBRI DI FAMIGLIA (*diritto di famiglia*): il *commerciale* contiene le norme *proprie* del *commercio*, della *navigazione* e dello *stato di fallimento.*

Il diritto *pubblico* si divide in *interno* ed *esterno* o *internazionale:* l'interno si divide a sua volta nei seguenti rami: 1) diritto *costituzionale*, che determina la suprema organizzazione dello Stato, gli organi della sovranità, le loro forme e i loro limiti; 2) diritto *amministrativo*, che stabilisce gli organi della pubblica amministrazione (*politica, sociale* e *finanziaria*), e ne determina la forma, le funzioni e i limiti; 3) *diritto penale*, che determina le pene, colle quali si riafferma il diritto violato; 4) diritto *processuale* (civile e penale), secondo cui si esplica la forza coattiva del diritto privato e pubblico, dopo appositi giudizi, da seguire con *certe* forme innanzi a *certi magistrati;* 5) *diritto ecclesiastico*, che regola i rapporti fra lo Stato e le varie confessioni religiose e l'ordinamento dei diversi istituti ecclesiastici.

§ 2. — Delle fonti del diritto.

Le fonti o *forme* del diritto sono la *legge* (*ius scriptum*) e la *consuetudine* (*ius non scriptum*): l'una è *la determinazione di norme giuridiche per opera del potere sovrano dello Stato* (*forma riflessa*): l'altra è l'IMMEDIATA *manifestazione della volontà del popolo per mezzo di una pratica uniforme e costante*[1] (*forma spontanea*).

A) Presso di noi, giusta l'art. 3 dello Statuto fondamentale del 4 marzo 1848, il potere di far leggi è collettivamente esercitato dal Re, dal Senato e dalla Camera dei Deputati. Nè i cittadini, nè il potere giudiziario possono negare esecuzione e ubbidienza alla legge, perchè

[1] Il *contratto* non si può per l'inesatta locuzione dell'art. 1123 annoverare fra le fonti del diritto *obbiettivo:* la violazione del contratto non dà adito al ricorso per Cassazione, come la violazione della legge o della consuetudine.

contraria allo Statuto. Il potere giudiziario può soltanto esaminare se la legge sia stata *votata* e *sanzionata* dai legittimi poteri dello Stato: e siffatto esame *formale* della legge non può spingersi sino a ricercare, se la votazione delle due Camere fu valida pel *numero degl' intervenuti*, e seguì nelle *debite forme:* ciascuna Camera è sovrana nel curare l'osservanza degl'*interna corporis*.[1]

Anche in caso di *delegazione* del potere legislativo, il potere giudiziario non può ricercare, se il governo si contenne *nei limiti del mandato*. Invece, se al potere esecutivo fu commesso soltanto di riunire in *unico testo* più leggi relative alla stessa materia, i magistrati debbono esaminare, se qualcosa si ritrovi in esso *contra* o *præter legem*. Spetta al diritto pubblico determinare fin dove giunga l'azione del potere giudiziario, allorchè sotto *forma* di leggi, votate cioè dalle due Camere e sanzionate dal Re, vengono alla sua cognizione disposizioni, che non contengono *norme di diritto*, ma regole circa la vita e l'azione *amministrativa*, *politica* e *civile* dello Stato; ad esempio, i *trattati internazionali*, le *convenzioni approvate dal Parlamento*, la *legge del bilancio*.

Fra le *fonti sussidiarie* del diritto scritto si comprendono i *decreti reali*, *ministeriali*, *prefettizi* e *sindacali*, e i *regolamenti ministeriali*, *provinciali* e *comunali*, che gli organi del potere esecutivo sono autorizzati ad emanare *per diritto proprio*, nei casi e secondo le forme stabilite dal diritto pubblico costituzionale e amministrativo.

La legge per essere obbligatoria dev' essere *promulgata* e *pubblicata*. La *promulgazione* è un atto solenne, con cui il Sovrano attesta al popolo l'esistenza della legge, e ordina ai tribunali e ai cittadini di eseguirla. La *pubblicazione* consiste nell' *inserzione* della legge

---

[1] Le proposizioni enunciate nel testo sono molto controverse. V. Gianturco, *Sist. di diritto civ.*, § 1.

nella Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti, e nell'*annunzio* di tale inserzione nella *Gazzetta ufficiale del Regno*[1] (art. 1, Disp. prel.). La *promulgazione* e la *pubblicazione* sono ordinate dal Re, come *capo* del potere *esecutivo*, entro un *certo* termine e *obbligatoriamente* (Legge sarda del 23 giugno 1854, estesa in seguito a tutto il Regno); laddove la *sanzione* è atto *spontaneo* del Sovrano come uno dei *fattori* del potere *legislativo*.

Di regola vi è una *vacatio legis*, per cui la legge non diviene *obbligatoria* nel giorno stesso della sua pubblicazione, ma nel 15° giorno *dopo* (escluso cioè il *dies a quo*, e compreso il *dies ad quem*), salvo che nella legge stessa non sia disposto altrimenti. Trascorso il termine della *vacatio legis*, la legge diviene *contemporaneamente* obbligatoria in tutti i paesi dello Stato (*sistema istantaneo:* art. 1, Disp. prel.), qualunque sia la loro distanza dalla città capitale (*sistema successivo*): ne è dato ad alcuno, salvo casi speciali e in concorso di determinate condizioni,[2] di allegare l'*ignoranza del diritto*.

B) La consuetudine conserva il suo originario carattere di fonte *immediata* di diritto, anche quando sia ridotta in *iscritto*. Nel diritto pubblico e commerciale essa ha ancora importanza grandissima: nel diritto civile invece non vale nè per *ampliare*, nè per *supplire* e tanto meno per *abrogare* il diritto scritto, fuorchè nei casi, in cui la legge espressamente ne impone l'osservanza (es. art. 1505, 1600, 1609, ec.). Dalle *consuetudini*, che dimostrano una comune convinzione *giuri-*

---

[1] Per la validità della *promulgazione* e della *pubblicazione* non si richiedono nè la registrazione alla Corte dei Conti, nè l'affissione di esemplari della legge all'albo dei comuni del Regno.

[2] Non si può fare a meno di ammettere, che in alcuni casi specialissimi l'*ignorantia iuris excuset:* la presunzione, che tutti abbiano letto la legge è fondata non sull'*id quod plerumque accidit*, come era forse al tempo in cui la pubblicazione si faceva nelle chiese o nelle piazze, ma solo sopra una pubblica necessità di ordine giuridico.

dica, bisogna distinguere gli *usi locali,* che consistono in una semplice ripetizione di atti uniformi (*consuetudo est altera natura*); i quali valgono solo per determinare l'estensione del diritto *soggettivo* (*facultas agendi*) (art. 1124), non come fonte di diritto *obbiettivo* (*norma agendi*).

§ 3. — Fonti del diritto positivo italiano.[1]

La filosofia civile del secolo XVIII e la nuova scienza economica ingenerarono nel secolo scorso la generale convinzione, che bisognasse comporre ad unità tutto l'informe ammasso delle leggi civili. Il diritto romano, il diritto canonico, il germanico, il patrio diritto scritto e le consuetudini locali, variamente temperati dall'uso del foro, rendevano sommamente difficile la retta e spedita amministrazione della giustizia.

Di qui i primi tentativi di codificazione, fra cui principalissimi il *Codice Vittorio,* emanato nel 1723 da Vittorio Amedeo II di Savoia, il *Corpus iuris fridericiani* del Cocceio, il *Codex Maximilianeus bavaricus civilis* e l'*Allgemeines Landrecht* prussiano.

Però il più importante e meglio riuscito lavoro di codificazione fu senza dubbio il *Codice Napoleone,* pubblicato in *unico* testo nel 21 marzo 1804, e che servì di modello a quasi tutte le legislazioni civili di Europa e di America. I codici italiani ne discendono in linea retta: ed è questa la ragione, onde la storia del diritto francese e la sua ricca letteratura hanno un'importanza grandissima anche per l'interpretazione del diritto italiano. Non distratti, come i legislatori prussiani e austriaci, dal dottrinarismo della scuola di diritto natu-

[1] Vedi per un più ampio svolgimento la *Prefazione* al mio *Sistema.*

rale, i francesi trovarono nei paesi *de droit coutumier* e nella giurisprudenza dei Parlamenti le norme per far più consono alle necessità dei tempi il diritto *scritto romano,* germanico e patrio. Quel Codice, il cui precipuo fondamento, cioè il diritto romano, ci appartiene, spezzò tutte le tradizioni locali nostre senza rimpianto: esso potette attuarsi fra noi in diversi Stati senza resistenza di sorta nè da parte degli uomini di legge, nè da parte del popolo, tenace della tradizione.

Tranne lo Stato pontificio, in cui imperavano il diritto romano, il canonico, e le costituzioni apostoliche, modificate dal *Regolamento Gregoriano* del 10 novembre 1834; e tranne la Toscana, in cui per legge del 15 novembre 1814 furono richiamate in vigore le leggi granducali, temperate dal diritto romano e canonico e da Motuproprii posteriori, tutti gli altri Stati d'Italia ebbero Codici di leggi civili; modellati tutti, eccetto l'austriaco, sul Codice francese.

Nel Piemonte re Carlo Alberto pubblicò nel 20 giugno 1837 il *Codice Albertino,* che nel 5 agosto 1848 fu esteso anche alla Sardegna.

Nel Lombardo-Veneto in virtù di sovrana Patente del 28 settembre 1815 vigeva il *Codice civile generale austriaco,* frutto di circa sessant'anni di studi.

Negli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla il 10 luglio 1820 andò in vigore il *Codice delle leggi civili* di Maria Luigia d'Austria.

Negli Stati del Duca di Modena il 25 ottobre 1851 fu pubblicato un *Codice di leggi civili,* che abrogò le costituzioni del 1771 e le altre posteriori, e nel libro IV dettò anche le norme proprie del commercio.

Nell'ex-Ducato di Lucca era in vigore il Codice francese.

Nel Regno di Napoli il Codice francese, entrato in vigore il 1809, abrogò tutte le antiche fonti di diritto,

cioè le *Constitutiones Regni Siciliæ*, i *Capitula* degli Anjou, le *Prammatiche* degli Aragonesi, del periodo viceregnale di Carlo III e dei successori, i *Ritus Regiæ Cameræ*, i *Ritus Magnæ Curiæ Vicariæ*, i *Reali Dispacci*, i *Privilegi* e le *Grazie* concesse, specialmente in occasione di donativi, a Napoli e ad altre città del Regno, le *Consuetudini locali* di molte città. Il Codice francese restò in vigore anche dopo la restaurazione; finchè nel 1° settembre 1819 per decreto di Ferdinando IV o I andò in vigore il *Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, diviso in cinque parti: leggi civili, leggi penali, leggi di procedura civile, leggi di procedura penale e leggi di eccezione per gli affari di commercio.

Tali erano le condizioni legislative dell' Italia al tempo della nostra unificazione politica. I cittadini del medesimo Stato erano maggiori o minori, secondo la legge del *luogo di origine*, che talvolta mutava a poche centinaia di passi; la successione era variamente regolata, secondochè il *de cuius* era originario di uno o di altro comunello del Regno o vi era domiciliato o morto, oppure secondo il luogo, dove i suoi beni erano siti: la patria potestà, il matrimonio, la tutela, l'interdizione, le obbligazioni erano così variamente regolate anche esse, che si riproducevano entro i confini del *medesimo* Stato quei *conflitti di legge*, la cui soluzione fra *Stato e Stato* forma argomento del diritto internazionale privato.

Di qui la necessità generalmente avvertita, e (salvo una tenace, ma infeconda e solitaria opposizione) il proposito di unificare la nostra legislazione civile. Messo da parte il disegno di estendere a tutto il Regno il Codice Albertino, intorno alla cui *revisione* i ministri Cassinis, Miglietti e Conforti avevano già esercitato il loro ingegno e fatte proprie proposte autorevoli di giuristi e di magistrati, il ministro Pisanelli intese la necessità di

fare un *nuovo* Codice, che rispondesse alle necessità di gran lunga maggiori del nuovo Regno e ai principii fondamentali della nostra costituzione politica. Intese che le difficoltà dell'impresa sarebbero state minori, e tanto maggiore l'autorità e maturità del progetto, quanto più larga fosse la partecipazione del paese all'opera del Governo e del Parlamento. Perciò non solo affidò l'esame del progetto ad egregi giureconsulti, ma istituì cinque Commissioni, una a Torino, un'altra a Milano, un'altra a Firenze, un'altra a Napoli e un'ultima a Palermo; le quali tutte, eccetto la fiorentina, compirono sollecitamente il loro lavoro. Il Pisanelli rinviò loro il progetto modificato, ne ebbe altri lumi, e nel corso del 1863 tutti i tre libri del Codice furono presentati al Senato, accompagnati da splendide relazioni. La Commissione, appositamente nominata dal Senato, e in cui presero parte attivissima il Vigliani, il De Foresta e il Vacca, *relatori*, propose moltissime e sostanziali modifiche al disegno del Governo.

Poichè fu stabilito che la capitale si dovesse trasferire a Firenze, si sentì ancora più forte la necessità di un Codice civile comune: la Toscana, siccome abbiamo avvertito, non aveva *Codice;* e sarebbe stata imprudenza imperdonabile assoggettare i molteplici rapporti giuridici dello Stato a una legislazione assai incerta, e che per giunta era in aperta contraddizione coi principii fondamentali del nuovo diritto pubblico.

Fu per ciò, che dopo memorabili discussioni, fu votata la legge del 2 aprile 1865, con cui fu data facoltà al Governo di pubblicare, fra altre leggi, il Codice civile, presentato al Senato, con le modificazioni concordate fra la Commissione senatoria e il Guardasigilli; e d'introdurvi «le modificazioni necessarie per coordinare in ciascuna materia le particolari disposizioni, sì nella sostanza, che nella forma, col sistema e i principii diret-

tivi adottati, senza alterarli; nonchè per coordinare tali Codici e leggi fra loro e con le altre leggi dello Stato. »

Il 2 aprile, il giorno stesso della pubblicazione della legge, fu scelta la *Commissione coordinatrice* fra i più illustri giureconsulti del Regno; e per la sollecitudine con cui fu portato a termine il lavoro, nel 25 giugno del medesimo anno fu pubblicato il nuovo *Codice civile del Regno d' Italia*, che andò in vigore nel 1° gennaio 1866. Con la legge del 27 novembre 1870 esso fu pubblicato nella provincia di Roma, e con legge del 25 giugno 1871 nelle province di Mantova e Venezia.

In virtù dell' art. 48 delle Disposizioni transitorie, emanate il 30 novembre 1865, il nuovo Codice è l' *unica* fonte di diritto nelle materie civili: *tutte* le leggi anteriori in materia civile sono abrogate, anche in difetto di espressa abrogazione e sebbene esse non siano *incompatibili* con le leggi nuove.

Il Codice civile italiano, meritamente lodato da giureconsulti nostrani e stranieri, sebbene abbisogni di qualche riforma, che lo faccia più rispondente alle nuove necessità *economiche* e *sociali*, consta di tre libri; i quali, a somiglianza del francese, salvo lievi mutamenti, seguono la partizione Gaiana, affatto esteriore, ma chiara e tradizionale: *Omne ius, quo utimur, aut ad personas, aut ad res, aut ad actiones pertinet.*

È preceduto da 12 articoli intitolati: *Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi* IN GENERALE, quasi *leges legum.*

§ 4. — Interpetrazione delle leggi.

L' interpetrazione (*sensu lato*) comprende la ricostruzione del pensiero del legislatore (*interpetratio sensu stricto*), e il complesso di quei mezzi, con cui l' interpetre

riempie le lacune del diritto vigente (*analogia*) (art. 3, Disp. prel.).

A) In quanto alle *fonti,* da cui promana, l'interpetrazione si divide in *autentica, usuale* e *dottrinale.* L'*autentica* è una *vera legge,* che dev'essere promulgata e pubblicata (art. 73 dello Statuto); ed è *retroattiva* circa i negozi *pendenti,* non definiti per giudicati o per transazione, in quanto non costituisce un *ius novum,* ma *dichiara* soltanto il diritto preesistente. Però il magistrato non può, sotto pretesto che la legge sia dubbia o incompiuta, fare istanza perchè il potere legislativo l'interpetri autenticamente, e tanto meno può nel frattempo rifiutarsi di pronunziare (art. 783 e 784, Proc. civ.). — L'interpetrazione *usuale* consiste nell'uso del foro, che è *formale* (*stylus curiæ*), se riguarda la procedura dei giudizi; *materiale,* se riguarda la decisione di essi, fondandosi sulla *rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritas.* Questa però non ha valore assoluto: *non exemplis, sed legibus iudicandum;* il giudice inferiore può nell'interpetrazione della legge allontanarsi dall'opinione seguita dal magistrato superiore e invalsa nella pratica, quando a far ciò lo consigli un più maturo e profondo esame della controversia. — L'interpetrazione *dottrinale* è il prodotto dell'attività teorica e pratica dei giuristi, onde nasce la *communis opinio doctorum.*

In quanto ai *mezzi,* coi quali l'interpetrazione si compie, essa distinguesi in *grammaticale* e *logica.* L'interpetrazione grammaticale, sebbene debba precedere la logica, *concorre* con essa a ricostruire il pensiero del legislatore, movendo dalle *parole,* che egli ha adoperate. L'interpetrazione logica muove invece dall'*occasio* e dalla *ratio legis* (ragione politico-legale), manifestate altra volta da *proemii* premessi alle leggi, e chiarite oggidì dagli atti parlamentari; tuttavia si tenga bene a mente che la legge deve essere interpetrata coi

motivi *intrinseci* in essa contenuti, e non con sussidi *esteriori.*

Quando l'interpetrazione grammaticale contraddice alla logica, lo spirito prevale alla parola, lo scopo al mezzo: *Etsi verba legum hunc habeant intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult* (L. 1, § 3, Dig. 48, 10); in tal caso l'interpetrazione dicesi *immutativa* (*interpetratio abrogans*). Es. art. 1932, n. 8, e art. 1314.

Riguardo ai suoi *effetti* l'interpetrazione è *restrittiva* o *estensiva,* secondochè la *ratio iuris* (elemento sistematico) persuada l'interpetre, che il legislatore ebbe in mente di *escludere* rapporti giuridici, che apparentemente sono compresi nella *lettera* della legge (es. art. 1153 parola *minori,* che non comprende gli *emancipati*); oppure di *comprendervi* rapporti giuridici apparentemente esclusi dalla *lettera* stessa: (es. art. 1361, in cui il divieto della confessione deve essere esteso al *padre*).

B) *Analogia græce, latine similium comparatio, sive proportio nominatur. Cuius hæc vis est, ut quod dubium est ad aliquod simile, quod non est dubium referatur, ut incerta certis probentur* (ISIDORUS, *Orig.,* I, 27). L'analogia, come completamento *organico* del diritto positivo, consiste nel muovere da un elemento giuridico già stabilito, che può essere una singola e determinata legge (*casi simili; analogia di legge*), oppure il sistema di tutto il diritto positivo (*materie analoghe; analogia di diritto*); ed estenderlo a un caso *non contemplato,* ma per la cui *identica* risoluzione concorre *piena ed intera* parità di ragioni. Ma a differenza dell'*interpetrazione estensiva,* che estende soltanto le *parole* della legge, l'analogia, che ne estende il *pensiero,* non è applicabile alle leggi penali, nè a quelle che formano *eccezione* alle regole generali, o ad altre leggi (*privilegia, iura singularia*) o restringono il libero esercizio dei diritti (art. 4, Disp. prel.).

§ 5. — Limiti della legge nello spazio e nel tempo.[1]

A) — Limiti di tempo.

1) — *Effetti della nuova legge sull'antica.*

La legge vecchia rimane in vigore, sinchè, *trascorsa la vacatio,* la nuova non sia divenuta *obbligatoria.*

L'*abrogazione* della vecchia legge può essere *espressa* o *tacita;* quest'ultima risultante da *incompatibilità* delle nuove colle vecchie disposizioni, oppure dal fatto, che la nuova legge regola l'*intera* materia, già regolata dalla legge anteriore (art. 5, Disp. prel.). L'abrogazione tacita non può aver luogo per *altre* ragioni; ad esempio, per *desuetudine,* oppure per la considerazione, rilevante solo in tema d'*interpetrazione* RESTRITTIVA, che cioè sia venuta meno la *ragione della legge* (*cessante ratione legis, cessat et ipsa lex*).

2) — *Irretroattività delle leggi.*

Il legislatore non deve frustrare la fondata speranza dei cittadini, che un diritto validamente e irrevocabilmente acquistato sotto l'impero della legge vigente, sia rispettato anche quando si mutino le condizioni dell'acquisto del diritto, oppure si renda affatto impossibile: di qui il principio, che *la legge non dispone, che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo* (art. 2, Disp. prel.). Questo principio impone il rispetto del *diritto acquisito, che cioè sia stato* VALIDAMENTE *acquistato secondo la legge del tempo, in cui seguì il fatto*

[1] Vedi il *Codice civile italiano* illustrato dai professori FIORE, COLAMARINO, e LOMONACO, vol. 1° e 2°.

acquisitivo, e che, sebbene non esercitato sotto l' impero della vecchia legge, pure fu acquistato ALLORA, *e* IRREVOCABILMENTE *alla persona o al patrimonio del subietto.* All' incontro la legge nuova regola, senza alcun riguardo alla legislazione anteriore, le semplici *aspettative* e *facoltà astratte,* le quali nascono *immediatamente* dalla legge stessa, e non *mediatamente* per virtù di un apposito *fatto acquisitivo:* esse sono semplici *condizioni, premesse, mezzi,* onde acquistare *diritti quesiti,* e ANTERIORI ai medesimi (art. 9, 10 e 11, Disp. trans.). Può tuttavia accadere, che per virtù di apposito *fatto acquisitivo,* la mera ed *astratta facoltà* si muti in diritto quesito, regolato quindi dalla legge abolita. Così la facoltà di fabbricare a una certa distanza dal confine si muta in diritto quesito, tostochè è esercitata, e anche prima, che la costruzione sia compiuta: onde non è dato di domandare sotto l' impero della nuova legge, che richiede distanze *maggiori,* la demolizione delle fabbriche *legalmente* innalzate sotto l' impero della legge abolita.

Vi ha *pretese giuridiche* che per *intrinseca* indole loro non possono giammai costituire *diritti acquisiti;* e vi ha pure disposizioni, che per *supreme ragioni di ordine pubblico* o per *espresso volere* del legislatore retroagiscono sul passato. Così hanno virtù retroattiva le leggi *interpetrative* (non le *ripristinatorie*), le leggi *costituzionali* (L. elett. politica e amm., L. sui giurati, proc. penale, ec.), le leggi che rivendicano prerogative inviolabili della *personalità umana* (legge abolitiva della schiavitù), e le leggi *espressamente* retroattive. Tali per esempio sono gli art. 22, 29 e 30 delle Disp. trans. del 30 novembre 1865, emanate per rendere meno brusco o dare maggiore efficacia al passaggio dalla vecchia alla nuova legislazione civile: dove in via di eccezione togliendo valore, di fronte alla nuova legge, anche

ai diritti quesiti; dove considerando, come diritti quesiti, regolati quindi dalla vecchia legge, mere *facoltà astratte* (art. 47, 1° e 2° comma, Disp. cit.).

B) — Limiti ed effetti della legge nello spazio (Diritto internazionale privato)[1]

Sebbene ciascuno Stato, a buon dritto, custodisca gelosamente la propria autonomia politica, vi ha una *comune società delle nazioni*, e di conseguenza una serie di *doveri internazionali*, giuridicamente inviolabili, quantunque di presente sforniti di *coazione*.

È vano ricercare nell' egoistica politica di Roma la coscienza *viva e sincera* di siffatta *comunione giuridica universale*; e nelle leggi romane le rispondenti norme giuridiche. È merito dei glossatori, che primi furono chiamati a risolvere i *conflitti di legge* fra gli Statuti delle diverse città italiane, costituenti *altrettanti Stati indipendenti*, l'aver stabilito almeno il principio utilitario, che i doveri internazionali si dovessero adempire in grazia delle *comitas gentium*. Nei secoli XVI e XVII, specialmente per tutela dei cresciuti commerci, invalse in quasi tutti i paesi d'Europa la *tripartizione* degli Statuti, *personali, reali* e *misti*. I *personali* regolano lo stato e la capacità giuridica della persona e la seguono, dovunque essa si trovi (*statutum egreditur territorium, statutum comitatur personam*): gli *Statuti reali* (*lex rei sitæ*) riguardano i diritti reali e ogni altra specie di rapporti *immediati* e *mediati* circa le cose: gli *Statuti misti, actum a personis circa res gerendorum, sive iudicialium, sive extraiudicialium formam, modum, ordinem, solemnia definiunt*.

[1] FIORE, *Diritto internazionale privato*. Torino. — CATELLANI, *I recenti progressi del diritto internazionale*.

La tripartizione degli Statuti non ha sicuro fondamento scientifico, sia per l'indeterminatezza degli Statuti *misti*, sia per la difficoltà spesso insuperabile di interpetrare la *voluntas statuentis* a fine di distinguere i *personali* dai *reali*. Però i tentativi dei giuristi moderni nel formulare il sommo principio del diritto internazionale privato non sono stati più fortunati: le formole proposte peccano per incompiutezza, o per troppa generalità; e talvolta sono la nebulosa ed astratta traduzione della chiara tripartizione antica. Ogni sforzo di costringere in *unica* formula tutto il diritto internazionale privato si dimostra inane.

Tre principii regolano questa materia: 1) il principio di *nazionalità*, per rispetto del quale il legislatore dà efficacia nel proprio territorio alle leggi straniere regolatrici delle *persone*, delle *famiglie* e delle *successioni*, il cui stato e ordinamento si connette direttamente cogli attributi inseparabili dalla *personalità* umana; 2) il principio di *libertà* (autonomia privata), per rispetto del quale il legislatore non avendo interesse ad opporvisi, rimette alla volontà delle parti di *obbligarsi* secondo la legge, che meglio loro aggrada; 3) il principio della *sovranità* o *indipendenza politica*, per rispetto del quale anche gli stranieri sono soggetti alle leggi d'*ordine pubblico;* onde non è possibile un conflitto fra il diritto *pubblico o privato straniero* e il diritto *pubblico del Regno.*

In conformità dei suddetti principii:

a) *Lo stato e la capacità delle persone è i rapporti di famiglia* sono regolati dalla *legge nazionale* (non più dalla *lex domicilii*) del *capo* di famiglia, investito di una *potestà di diritto* sul coniuge e sui figli, finchè questi non abbiano raggiunta la *maggiore età,* e non sia disciolto il matrimonio (art. 6, Disp. prel.);

b) Le cose *immobili* sono regolate dalla *lex rei*

sitæ, poichè il territorio è la *base naturale e politica* dello Stato: i *mobili* invece, per ossequio alla tradizione e perchè la cresciuta facilità dei trasporti non serva di mezzo alle frodi, sono regolati dalla legge *nazionale* del *proprietario* (*mobilia sequuntur personam, mobilia ossibus inhærent*, art. 7, Disp. prel.);

c) Le obbligazioni *nascenti dalla legge* sono regolate dalla legge *nazionale*, se derivano da *rapporti personali* (ad esempio, il dovere di prestare gli alimenti); dalla *lex rei sitæ*, se derivano da *rapporti reali* (obbligazioni fra proprietari di fondi limitrofi). Le obbligazioni *ex delicto* o *quasi ex delicto* sono regolate dalla *lex loci delicti commissi*, come quella che tiene all'ordine pubblico. Le obbligazioni *quasi ex contractu* (*condictio indebiti* e *gestio negotiorum*) sono regolate dalla legge del luogo, dove seguì l'indebito pagamento o fu gerito l'affare altrui. La *sostanza* (*requisiti obbiettivi e formali* di esistenza e di validità) e gli *effetti* dei *contratti* (*modi di estinzione, conseguenze dell'inadempimento*) sono regolati dalla legge liberamente scelta dai contraenti, e solo in mancanza di espressa o *tacita* convenzione dalla *lex loci acti* (*locus regit actum*): se i contraenti *stranieri* appartengono alla *medesima nazione*, si presume abbiano voluto contrattare secondo la loro *legge nazionale*, e non secondo la *lex loci acti*[1] (art. 9, Disp. prel.);

d) Dimostrata erronea la vecchia massima: *quot sunt bona diversis territoriis obnoxia, totidem patrimonia* (*tot legibus obnoxia*) *intelliguntur*, la successione, testamentaria o intestata (*universum ius defuncti*), viene oggidì considerata come un tutto *unico e indivisibile*. La legge *nazionale* del defunto *al tempo*

---

[1] Per le obbligazioni commerciali e per le controversie cui ha dato luogo l'art. 58 Cod. comm. vedi il mio *Sistema*, § 21, e il *Ragionamento* dell'avv. POLIGNANI, tip. Barbèra, 1886.

della morte regola essa *sola* l' *intrinseca validità* delle disposizioni testamentarie, l' *ordine* della successione, la *misura* dei diritti successorii e gli *effetti* della delazione ereditaria, *qualunque* sia la qualità dei beni (mobili e *immobili*) e in *qualunque Stato* si trovino (art. 8, Disp. prel.);

e) Circa le *forme* degli atti egli è certo che il testatore e i contraenti possono anche in paese *straniero* adoperare le forme stabilite dalla legge nazionale: se non possano o non vogliano adoperarle, *utilitate suadente* basterà che seguano le forme stabilite dalla legge locale: *locus regit actum* (art. 7, Disp. prel.);

f) Il diritto giudiziale internazionale ha un triplice obbietto, determinare cioè il *giudice competente* a conoscere della controversia, le *forme* del procedimento, l' *esecuzione* della sentenza. La competenza per ragione di *materia* o di *valore* viene determinata dal diritto pubblico *interno; ratione loci* è competente il magistrato del luogo, dalla cui legge è regolato il rapporto giuridico controverso: così le controversie relative agl' *immobili* sono di competenza del *forum rei sitæ,* poichè si devono decidere secondo la *lex rei sitæ.* In tema d' obbligazioni, pure essendo *una* la legge regolatrice, i magistrati competenti son più; ed è data all' attore la scelta fra i magistrati del *forum domicilii* del convenuto, del *forum contractus* e del *forum solutionis*. — La procedura *litis decisoria* (ammissibilità delle prove e loro efficacia) è regolata dalla legge, che regge il rapporto giuridico: la procedura *litis ordinatoria* è regolata dal diritto pubblico interno dello Stato, dove il giudizio segue. — Circa l' *eseguibilità* nel Regno delle sentenze straniere *civili* e *commerciali* (le *penali* non possono eseguirsi, fuorchè nella parte che condanna ai *danni*) il nostro legislatore, riconosciuta non utile, nè necessaria la revisione del contenuto *materiale* della

sentenza straniera, ha disposto, che la Corte d'appello competente in apposito *giudizio di* DELIBAZIONE si limiti a ricercare: 1) se la sentenza sia stata pronunziata da magistrati competenti; 2) se le parti siano state regolarmente citate e rappresentate o legalmente contumaci; 3) se la sentenza contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico o al diritto pubblico del Regno (art. 10, Disp. prel.; 941 e 942, Proc. civ.). L'*esecuzione* ha luogo coi *mezzi* e secondo le *forme* stabilite dalla legge *locale*.[1]

Le regole suesposte non bastano a dirimere *tutti* i conflitti di legge: poichè, non valendo esse *oltre i confini italiani,* tornano affatto inapplicabili, quando altri Stati pretendono, ciascuno, di regolare il rapporto controverso secondo la *propria* legge. Per risolvere *conflitti* di tal fatta occorrono *trattati internazionali,* che preparino la codificazione del *diritto comune internazionale:* tale è il voto dei più eminenti pubblicisti e del benemerito Istituto di diritto internazionale di Gand.

§ 6. — Nozione del diritto subbiettivo.

Il diritto subbiettivo (*facultas agendi*), come facoltà di fare o di pretendere qualcosa, suppone: 1) un soggetto (*persona*); 2) un *obbietto* (*cosa* o *prestazione*); 3) un *fatto* atto a stabilire fra i due termini una relazione giuridica; 4) la possibilità della coazione (*azione giudiziaria civile*) da parte dello Stato, organo e tutelatore del dritto.

§ 7. — Delle persone.

Abolita la schiavitù, presso di noi ogni uomo è *persona,* cioè *subbietto capace di diritto.* Può accadere

[1] G. FUSINATO, *Dell' esecuzione delle sentenze straniere.*

che una sola persona fisica rappresenti più subbietti di diritto: *unus homo plures sustinet personas* (§ 4, *Ist.*, 2, 18): come se Tizio, dopo di aver litigato nella qualità di *Sindaco* del Comune, agisse in *nome proprio* contro la stessa persona e per la stessa *quistione e causa*, senza poterglisi opporre l'*exceptio rei iudicatæ*.

A) I *presupposti di fatto* per l'esistenza della persona fisica sono la *nascita*, la *vita* e la *vitalità*. La *nascita* suppone la *completa* separazione dall'utero materno, accada *naturalmente* o con mezzi *chirurgici*. Tuttavia anche prima della nascita *conceptus pro nato habetur, quoties de* EIUS COMMODO *agatur* (art. 724, n. 1); e il magistrato può nominare un *curatore al ventre*, che vegli a impedire la *sostituzione*, la *soppressione* o la *supposizione* di parto e tuteli nel frattempo il patrimonio del nascituro (art. 236). — La *vita* si dimostrerà con perizie medico-legali e con testimonianze: l'*onus probandi* è a carico di chi sostiene che il fanciullo sia nato *vivo*. — La *vitalità* (attitudine a vivere fuori dell'utero materno) si argomenta dall'integrità degli organi (*animal integrum*) e dal decorrimento del tempo riconosciuto dalla legge, come *minimo periodo di gestazione uterina*, cioè 180 giorni (art. 160): la vitalità si presume *sino a prova contraria*, quando è dimostrata la *vita* (art. 724).

Oggi non vi ha più veri *presupposti di dritto* per l'esistenza delle persone fisiche; i tre *status libertatis, civitatis et familiæ* non sono più *presupposti* e *condizioni* della capacità giuridica, ma *qualità* della persona: la *libertà* è oramai assicurata a tutti senza distinzione di ceti, per l'abolizione della schiavitù: e le qualità di *cittadino* e di *membro di una certa famiglia*, che costituiscono lo stato *civile* di una persona, non hanno influenza sulla *capacità giuridica*. Infatti, ponendo da parte tutte le sospettose limitazioni del

diritto antico, il nostro legislatore ha accordato agli stranieri gli stessi diritti *civili* attribuiti ai cittadini, quando anche manchino le condizioni della *reciprocità* e della *residenza* nel Regno (art. 3, Cod. civ.): d'onde è derivato, che la dottrina della *cittadinanza* ha perduta la primitiva importanza nel diritto civile, e che sarebbe assai meglio allogata nello Statuto o in una legge speciale.

B) Il concetto della persona, quale subbietto di diritti, è stato esteso alle *persone giuridiche*, altrimenti dette *persone morali, mistiche, fittizie, corpi morali* (art. 2, Cod. civ.). Appartiene alla filosofia del diritto l'ardua disputa circa il *subbietto* e il *fondamento* della personificazione. Ogni persona giuridica presuppone un *patrimonio* destinato al conseguimento di un certo scopo *lecito*, e il *riconoscimento* da parte dello Stato o per legge generale o per concessione particolare. La persona giuridica è indipendente dalle persone dei suoi rappresentanti o amministratori; i rapporti di questi verso terzi sono regolati dal principio: *quod universitati debetur, singulis non debetur; quod universitas debet, singuli non debent*, mentre nelle semplici *società civili* ciascun associato è debitore o creditore *pro rata* o *in solidum* e *comproprietario* del patrimonio sociale: le *società* semplici si sciolgono per la morte d'uno dei soci (art. 1729, n. 3, Cod. civ.); laddove, non ostante la morte di tutti i rappresentanti, le *persone giuridiche* di regola continuano ad aver vita.

Vi ha due forme di persone giuridiche: le *corporazioni* (*universitates personarum*; es. i Comuni) e le *fondazioni* (*universitates bonorum, piæ caussæ*, opere pie). Le *società commerciali* (società con unità *formale* di persone) partecipano dell'indole delle società civili, in quanto il patrimonio è *comproprietà* dei soci e fra loro si divide in caso di scioglimento; d'altra parte

partecipano dell'indole delle vere corporazioni, in quanto i soci non sono *direttamente* obbligati verso i debitori e i creditori della società (art. 79, 85, 106 Cod. comm.). Si distinguono inoltre le persone giuridiche *pubbliche* dalle *private*, secondochè è pubblico o privato lo scopo, cui mirano.

Le persone giuridiche, *per mezzo dei loro rappresentanti*, hanno la medesima capacità patrimoniale delle persone fisiche, salvo le limitazioni di diritto pubblico dettate per impedire il risorgere della *manomorta* (art. 932, 1060, Cod. civ.). Però esse non hanno nè possono avere diritti di famiglia, nè i diritti di successione *ab intestato*, che ne derivano (salvo il *Fiscus post omnes:* art. 758), nè i diritti patrimoniali *personalissimi*, ad es., l'uso e l'abitazione: dell'usufrutto, loro conferito, possono godere per non oltre *trenta* anni (art. 518).

La persona giuridica si *estingue:* 1) per *disposizione di legge*, siccome avvenne per le corporazioni religiose; 2) per l'avveramento della *condizione* o del *termine* della sua esistenza; 3) per *volere dei soci;* 4) per *morte* di *tutti* gli associati; 5) se è perito il *patrimonio*, che le serve di sostrato; 6) se è stato conseguito o è divenuto impossibile conseguire lo scopo propostosi. I suddetti modi di estinzione non son comuni a tutte le forme di persone giuridiche. Diverso è pure il destino del patrimonio: poichè per l'estinzione delle corporazioni e delle fondazioni, i beni sono devoluti allo Stato, *ultimo* successore delle persone fisiche, ed *unico* delle giuridiche; mentre per lo scioglimento delle società commerciali i beni si dividono fra i soci e i loro eredi, salvo i diritti spettanti ai terzi.

§ 8. — Dottrina della cittadinanza.

La cittadinanza si può: 1) *avere* per nascita; 2) *acquistare* per elezione, per matrimonio, per naturalità;

3) *perdere* per elezione, per matrimonio, per rinunzia; 4) *riacquistare*. Esaminiamo partitamente ciascuna di queste ipotesi.

1° A) Ha la cittadinanza *iure sanguinis* il figlio di padre cittadino, dovunque nato; o se il padre è ignoto, il figlio di madre cittadina (art. 4 e 1° comma dell'art. 7). Il figlio naturale riconosciuto dalla madre cittadina, ove venga di poi riconosciuto dal padre straniero, diventerà straniero.

B) È cittadino *iure loci* il figlio nato nel Regno (art. 7, ultimo comma), che non possa essere riconosciuto dai suoi genitori, o i cui genitori siano ignoti.

C) È *reputato* cittadino: 1) il figlio nato e residente nel Regno, da padre, che ha perduta la cittadinanza prima della nascita di lui (art. 5, 1° comma); 2) il figlio nato e residente nel Regno, da madre che ha egualmente perduta la cittadinanza, essendo ignoto il padre (art. 7, 2° comma); 3) il figlio nato nel Regno da uno straniero, che vi abbia fissato il suo domicilio da dieci anni non interrotti (art. 8, 1° comma).

Costoro però possono « entro l'anno dell'età maggiore, determinata secondo le leggi del Regno, eleggere la qualità di stranieri, facendone la dichiarazione davanti l'uffiziale dello stato civile della loro residenza, o, se si trovano in paese estero, davanti i regi agenti diplomatici o consolari » (art. 5, 2° comma; art. 8, 2° comma).

2° La cittadinanza si *acquista:* A) per *elezione:* *a*) dal figlio non residente in Italia, nato in paese estero o nel Regno, da chi ha perduta la cittadinanza per qualsiasi causa prima della nascita di lui (art. 6, 1° comma ed art. 7, 2° comma); *b*) dal figlio nato nel Regno da straniero quivi domiciliato, benchè non siano ancora trascorsi dieci anni (art. 8 in fine).

L'elezione può essere *espressa* o *tacita*.

È *espressa,* se il richiedente la fa innanzi all'uffiziale dello stato civile della sua residenza, o innanzi ai regi agenti diplomatici o consolari, e fissa dentro l'anno il suo domicilio nel Regno: è *tacita,* se egli ha accettato « un pubblico impiego nel Regno, o serve nell'armata nazionale di terra o di mare, od ha altrimenti soddisfatto alla leva militare, senza invocarne esenzione per la qualità di straniero » (art. 6).

B) Acquista la cittadinanza la donna straniera, per il *matrimonio* con un nazionale, e la conserva anche vedova, senza riguardo al fatto, se perde o no la sua cittadinanza originaria (art. 9).

C) La cittadinanza si acquista inoltre per *naturalità* concessa: α) per *legge,* nel qual caso si acquistano tutti i diritti politici, compreso lo elettorato e l'elegibilità; β) per *decreto reale,* senza acquistare il diritto politico dell'elegibilità, nè quello dell'elettorato, se non si è italiani (art. 1° della Legge elettorale politica). La naturalità acquistata per decreto reale è subordinata alle seguenti condizioni: 1) che fra sei mesi, sotto pena di decadenza, si faccia registrare il decreto dall'uffiziale dello stato civile, dove lo straniero ha fissato o intende fissare il domicilio; 2) che lo straniero abbia fissato o fissi domicilio nel Regno; 3) che presti innanzi allo uffiziale dello stato civile il giuramento di essere fedele al Re e di osservare lo statuto e le leggi del Regno.

La moglie e i figli minori dello straniero naturalizzato, purchè residenti nel Regno, acquistano anch'essi la cittadinanza italiana (art. 10).

D) La cittadinanza si acquista inoltre *ipso iure,* allorchè, per causa politica, ha luogo un'annessione di territorio. Se per effetto di essa, viene riunita alla madre patria una provincia appartenente alla stessa nazione, divengono cittadini tutti i nazionali appartenenti

al territorio annesso, sebbene domiciliati altrove; ed allo incontro non acquistano la cittadinanza gli stranieri domiciliati nel territorio annesso. Quando invece l'annessione comprende province non appartenenti alla medesima nazione, acquistano la cittadinanza italiana solamente i cittadini dello Stato, che rilascia la provincia annessa e residenti nella medesima.

3° La cittadinanza si *perde:*

A) per *rinunzia: a) espressa,* se il rinunziante faccia la relativa dichiarazione innanzi all'ufficiale dello stato civile del suo domicilio, e trasferisca in paese estero la sua residenza; *b) tacita,* se abbia ottenuta la cittadinanza in paese estero, oppure, se senza permissione del governo abbia accettato un impiego pubblico da un governo estero, o sia entrato al servizio militare di potenza estera; a meno che il cittadino abbia acquistato all'estero un ufficio meramente scientifico, o si sia ingaggiato in un corpo di volontari non assoldato, nè disciplinato dallo Stato straniero. La perdita per rinunzia fa diventare stranieri anche la moglie e i figli minori del rinunziante, a meno che questi non continuino a risiedere nel Regno (art. 11). In ogni caso però, la perdita della cittadinanza non esime nè dagli obblighi del servizio militare, nè dalle pene inflitte, a chi *volontariamente e pure potendosene esimere,* portò le armi contro la patria (art. 12);

B) per *matrimonio,* contratto da un'Italiana con uno straniero, purchè col matrimonio ella acquisti la cittadinanza straniera; altrimenti non avrebbe patria (art. 14, 1° comma);

C) per *elezione* della cittadinanza straniera da parte:

a) dei figli nati e residenti nel Regno da padre, e se questi è sconosciuto, da madre che ha perduta la cittadinanza prima della loro nascita; i quali altri-

menti sarebbero reputati cittadini (art. 5, 2° comma; art. 7, 2° comma);

b) dei figli di un naturalizzato divenuti maggiori (art. 10, ultimo comma);

c) dei figli di uno straniero, che aveva fissato il suo domicilio nel Regno da più di dieci anni (art. 8, 2° comma).

4° La cittadinanza si *riacquista:*

A) dal cittadino, che vi ha rinunziato, purchè adempia ai tre obblighi determinati nell'art. 13: che cioè rientri nel Regno con permissione speciale del governo, rinunzi alla cittadinanza straniera, all'impiego o al servizio militare accettati in paese estero, dichiari innanzi allo ufficiale dello stato civile di fissare e fissi realmente entro l'anno il suo domicilio nel Regno;

B) da chi *reputato* cittadino ha perduta la cittadinanza italiana per *elezione* della straniera, purchè ottenga la *naturalità* per legge o per decreto reale;

C) dalla donna, che l'ha perduta maritandosi ad uno straniero, se, divenuta vedova, risieda nel Regno o vi rientri; e dichiari in ambedue i casi innanzi all'uffiziale dello stato civile di volervi fissare il suo domicilio (art. 14, 2° comma);

D) dalla moglie e dai figli di chi l'ha perduta e ne ha cagionata perdita anche ad essi; purchè la vedova risieda nel Regno o vi rientri e dichiari in ambedue i casi innanzi all'ufficiale dello stato civile di volervi fissare il suo domicilio; e i figli entro l'anno della maggiore età, determinata secondo le leggi del Regno, dichiarino innanzi allo ufficiale dello stato civile della loro residenza nel Regno, o innanzi ai regi agenti diplomatici o consolari all'estero, di voler riacquistare la cittadinanza e fissino entro l'anno dalla fatta dichiarazione il loro domicilio nel Regno: la dichiarazione non è necessaria, se essi hanno accettato un pubblico impiego

nel Regno, o hanno prestato servizio militare, senza invocarne esenzione per la loro qualità di stranieri (art. 11 in fine).

L'acquisto e il riacquisto della cittadinanza non hanno forza retroattiva (art. 15). Di conseguenza dovrebbe essere annullata l'elezione di uno straniero, se egli avesse ottenuto la naturalità per legge prima della decisione della Camera dei Deputati, ma dopo il giorno dell'elezione.

§ 9. — Condizioni che modificano la capacità di diritto delle persone fisiche.

Tutti sono *capaci di diritto*, ma non tutti *capaci di agire*: l'*età*, la *salute*, le *condanne penali* possono produrre tale incapacità, cui la legge supplisce con gl'istituti della *patria potestà*, della *tutela* e della *cura*. Vi ha inoltre stati di fatto e di diritto, che limitano la piena capacità di agire, oppure danno origine a rapporti locali e personali, quali la *parentela* e l'*affinità*, il *sesso*, il *domicilio*. La differenza di *ceto* e di *confessione religiosa* non ha più alcuna importanza civile; per l'art. 24 dello Statuto la nobiltà, la borghesia e la plebe godono i medesimi diritti e soggiacciono agli stessi doveri; e l'art. 2, della legge del 7 luglio 1866, a mo' di chiarimento, dispose che le persone religiose riacquistassero la piena capacità civile e politica, non ostante i voti di *castità* e *povertà*.

1) — *Condanne penali.*

Aboliti, come contrari a ogni principio di umanità e di giustizia, gl'istituti della *fuorgiudica*, della *morte civile* e dell'*infamia* (art. 24 del Decr. 17 feb. 1861 per le prov. nap. e sicil.), l'art. 3° delle Disp. trans. del 30 nov. 1865 dispose che fino alla pubblicazione di un

Codice penale comune per *tutto* il Regno, il condannato alla pena di *morte*, dell'*ergastolo* e dei *lavori forzati a vita* è *interdetto legalmente*: non può amministrare i suoi beni, nè disporne per atto tra vivi: può essergli assegnato soltanto un tenue sussidio a titolo d'alimenti. Il condannato alle pene suddette perde inoltre i diritti politici, la potestà patria e la maritale: conserva solo la capacità di ricevere sia per donazione, sia per testamento; e, a differenza degl'*interdetti giudiziali* a causa d'infermità di mente, anche quella di testare e di contrarre matrimonio. L'art. 33 del vigente Cod. pen. dispone, che il condannato all'ergastolo è interdetto legalmente: la condanna lo priva della patria potestà, dell'autorità maritale e della capacità di testare, anzi annulla il testamento fatto prima della condanna.

Vi ha inoltre alcuni *speciali* effetti di condanne a *pene* minori, o per determinati *reati* (art. 33, 35, 349 Cod. pen.).

2) — *Domicilio.*

Il domicilio è il luogo, *ubi quis larem, rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde (rursus) non sit discessurus, si nihil avocet; unde cum profectus est, peregrinari videtur, quo si rediit, peregrinari iam destitit* (L. 7, Cod. 10, 39): e secondo l'art. 16 del nostro Codice, è *il luogo, dove una persona ha la sede* PRINCIPALE *dei suoi affari ed interessi.*

Il domicilio è un *quid iuris*, che risulta dal *fatto* della residenza in un certo luogo e dall'*intenzione* di rimanervi *costantemente* (non *perpetuamente*). Può accadere nello stato presente del diritto internazionale privato che alcuno non abbia patria, non mai che non abbia *domicilio*: le due quistioni sono affatto indipendenti, sicchè gl'*Italiani* possono avere domicilio all'*estero*, e gli *stranieri* nel Regno.

Il domicilio è *originario* o *acquisito*: dicesi *originario* non il *luogo della nascita*, ma il domicilio del padre o della madre al tempo della nascita: *acquisito* è il domicilio che siasi *volontariamente* acquistato, *tra-*

sferendo altrove la propria residenza (*domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione:* L. 20, Dig. 50, 1), e manifestando l'*intenzione* di rimanervi costantemente *rebus ipsis et factis;* oppure con doppia dichiarazione resa all'ufficio dello stato civile del Comune, che si abbandona, e del Comune, dove si stabilisce il nuovo domicilio.

Vi ha tuttavia persone, cui la legge per ragioni di ordine pubblico assegna un domicilio *necessario,* che non si può mutare ad arbitrio, nè per private convenzioni, sinchè non siano disciolti i vincoli di potestà patria, maritale o tutoria. La donna, non separata legalmente, ha il domicilio del marito; il minore non emancipato ha il domicilio del padre, della madre o del tutore; i figli legittimati hanno il domicilio presso il legittimante: i naturali presso il genitore riconoscente e in mancanza presso l'Ospizio, in cui sono ricoverati: il maggiore e il minore non emancipato, interdetti, hanno il domicilio presso il tutore (art. 18).

Distinguesi inoltre il domicilio *reale,* che è *generale, unico* e *intrasmissibile* agli eredi, dal domicilio *elettivo, speciale,* che si *trasmette* agli eredi e può essere *molteplice.* Il domicilio *elettivo* può essere a sua volta *necessario* (*legale:* es. art. 88, 1987 n. 2, 2044 e 2060, Cod. civ.) o *volontario.* L'elezione di domicilio rispetto alla parte, in cui *favore* fu consentita, costituisce una *clausola del contratto;* onde non si può dissolvere, se non per mutuo consenso: essa deve sempre risultare da prova *scritta* (art. 19, Cod. civ.). L'elezione di domicilio, senza indicazione di persona, nè d'ufficio, è soltanto *attributiva di competenza:* se la persona o l'ufficio sono stati designati, il creditore può inoltre *notificare* ai medesimi gli atti giudiziari relativi alla controversia, per la quale fu fatta l'elezione.

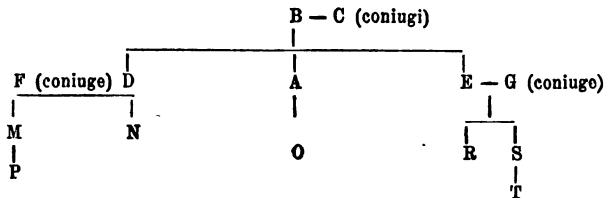
A differenza del domicilio, la *residenza,* cioè la *di-*

mora abituale in un certo luogo, è un mero *quid facti*.

La *dimora* da ultimo è affatto *transitoria*, e produce assai scarse conseguenze giuridiche.

Per la diversa indole loro, il domicilio, la residenza e la dimora si possono trovare in tre luoghi distinti e molto lontani tra loro.

3) — *Della parentela e dell' affinità.*

La successione di più persone *le une dalle altre* o da uno *stipite comune* si può graficamente raffigurare con un *albero genealogico*.

Posto A, come punto di partenza, si possono distinguere *tre linee*; di cui due *rette*, l'una *ascendente* (A-B), l'altra *discendente* (A-O) e la terza *collaterale* (A-D-S, ec.): *gradus cognationis alii superioris ordinis sunt, alii inferioris, alii ex transverso, sive a latere: superioris ordinis sunt parentes, inferioris liberi, ex transverso sive a latere fratres et sorores, liberique eorum* (L. 1, pr. Dig. 38, 10). In ciascuna *linea* si distinguono i *gradi*, cioè le generazioni, per le quali un membro della famiglia dista dall'altro: pel computo dei gradi vale per *tutte*[1] le linee la regola: *tot sunt gradus, quot generationes, dempto stipite*: onde T è parente di P in (7 — 1) = 6° grado, A con S in (4 — 1) = 3° grado (zio), E con D

[1] Nel diritto canonico invalse per la linea collaterale una regola diversa di computazione.

in (3 — 1) = 2° grado (fratello), ec. (art. 49, 50 e 51, Codice civ.).

Oltre la parentela *naturale* (cognazione) è riconosciuta la parentela *artificiale* o *legale*, nascente dall' adozione: la parentela *spirituale*, derivante dal battesimo e dalla cresima, non produce effetti *civili*.

La legge non riconosce il vincolo della parentela oltre il *decimo* grado (art. 48, 742 e 758, Cod. civ.).

L' *affinità* è il legame giuridico,[1] che, per effetto del matrimonio *valido*, si stabilisce tra un coniuge e i parenti dell' altro. A rigore essa non ha gradi; pure si gradua secondo la parentela corrispondente: così il suocero è affine della nuora in 1° grado, il cognato è affine della cognata in 2° grado. L' affinità, come vincolo giuridico *strettamente personale*, non produce altra affinità: *affines inter se non sunt affines*: così non sono miei affini i cognati e le cognate di mia moglie, nè sono affini fra loro i mariti di due sorelle.

L' affinità non cessa per la morte del coniuge, da cui deriva, salvo per alcuni speciali effetti (art. 52, 140, 2° comma).

§ 10. — Termine dell' esistenza delle persone fisiche. — Commorienza. — Assenza.

La persona fisica si estingue colla *morte*: chi *pretende* diritti (*successorii*, *condizionali* o *a termine*) in conseguenza della morte di una persona, deve provarla con l'*atto di morte*, o nei casi previsti dall' art. 364, con *documenti* o *testimoni*.

---

[1] Appunto perchè l'affinità deriva unicamente dalla legge e non da rapporti naturali, gl'Inglesi designano bellamente i gradi dell'affinità con quelli della parentela corrispondente, coll'aggiunta in *law*: cognata, *sister in law* (sorella secondo la legge); nuora, *daughter in law* (figlia secondo la legge).

Quando si questiona della *priorità* della morte di due o più persone, come nel caso, che siano chiamate a succedere *l'una all'altra,* chi sostiene la morte *anteriore* di una di esse deve provarla: altrimenti si *presumono* tutte morte *a un tempo*[1] (art. 924).

Se vi sia incertezza sulla vita e sulla morte di una persona (*ignoratur ubi sit et an sit*), ella dicesi giuridicamente *assente:* e la legge, nell'interesse dell'assente medesimo, dei creditori e dei presunti eredi di lui, provvede a quei rapporti giuridici, che altrimenti resterebbero in sospeso per lungo tempo o forse per sempre.

Ammenochè non sia decorso un così lungo tempo, che superi i limiti possibili della vita umana, il nostro legislatore non *presume la morte* dell'assente; quindi non ammette, come il Codice austriaco, la *giudiziale dichiarazione di morte* (*Todeserklärung*), la quale produce tutti gli effetti della morte naturale dal momento in cui è passata in *cosa giudicata.*[2] Presso di noi la *dichiarazione di assenza* è operativa *dalla data delle ultime notizie* (non dal giorno della dichiarazione di assenza); e successibili dello assente sono, in mancanza di eredi testamentari, quelli che sarebbero stati eredi legittimi di lui, se egli fosse morto nel giorno, a *cui risalgono le ultime notizie della sua esistenza* (art. 26).

I provvedimenti nello interesse dell'assente, dei terzi e dei successibili diventano più gravi, a misura che cresce la probabilità della morte di lui: all'uopo la legge distingue *tre periodi:*

1° *Presunzione di assenza.* Il Tribunale civile, se non vi è alcun procuratore, può sull'istanza degli interessati o degli eredi presunti, o del Ministero Pubblico, nominare chi rappresenti l'assente in giudizio, e dare

---

[1] Il Codice italiano ha abolito tutte le presunzioni di *sopravvivenza,* stabilite dalla pratica anteriore avuto riguardo al *sesso,* all'*età,* e alla *salute.*

[2] Cfr. tuttavia il disegno di legge da me presentato alla Camera dei deputati nella tornata del 28 novembre 1897 *sullo stato civile dei morti in guerra.*

gli altri provvedimenti che siano necessari alla *conservazione* del suo patrimonio. Se vi è un procuratore, il Tribunale provvederà soltanto per gli atti, che non potessero farsi da lui, in forza del mandato o della legge.

2° *Dichiarazione di assenza,* la quale può ottenersi dopo *tre anni continui* di assenza presunta, o dopo *sei,* se l'assente abbia lasciato un procuratore *generale* per amministrare; e non abbia dato notizia di sè, non ostante la pubblicità data alla domanda di dichiarazione e al provvedimento, che ordina sieno assunte informazioni (art. 22, 23, 24, 25, 26, Cod. civ.). Trascorsi *sei mesi* dalla seconda pubblicazione della sentenza dichiarativa di assenza, gli eredi testamentari, ed in loro mancanza i legittimi possono domandare al Tribunale l'*immissione nel possesso temporaneo* dei beni dell'assente, *mediante cauzione* (art. 26 e 27, Codice civ.). Tale immissione attribuisce a coloro, che la ottennero, l'*amministrazione*[1] dei beni dell'assente, il diritto di *promuoverne le ragioni in giudizio* e il *godimento* delle rendite. Però mentre gli ascendenti, i discendenti e il coniuge ritengono *la totalità delle rendite,* i parenti *entro il 6° grado* debbono riservare il *quinto* nei primi dieci anni *dal giorno dell'assenza,* e in seguito fino ai trent'anni il *decimo:* i parenti in *grado più remoto* e gli *estranei* debbono riservarne il *terzo* nei primi dieci anni e in seguito fino ai trent'anni il *sesto. Trascorsi trent' anni,* gl'immessi nel possesso, qualunque sia il loro grado di parentela o estranei, ritengono in loro favore la *totalità* delle rendite.

3° *Immissione nel possesso definitivo dei beni dell' assente,* la quale può esser ordinata, se l'assenza

---

[1] Per gli atti di *disposizione* si richiede l'autorizzazione giudiziale (art. 29).

fu continuata per *trent' anni* dopo l'immissione nel possesso temporaneo, o se siano trascorsi *cento anni dalla nascita* dell' assente e le ultime notizie di lui risalgano almeno a *tre anni indietro*. Per effetto dell'immissione nel possesso definitivo sono liberate le *cauzioni* prestate, e gl'immessi possono liberamente *disporre* dei beni, sciolti da ogni dipendenza dall'autorità giudiziaria (art. 37).

Se dopo l'immissione nel possesso definitivo l'assente *ritorna* o *è provata la sua esistenza,* egli ricupera i beni *nello stato in cui si trovano,* e ha diritto di conseguire il prezzo di quelli alienati, ove sia tuttora dovuto, o i beni, nei quali sia stato investito (*res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*) (art. 39).

Se dopo l'immissione nel possesso definitivo *viene provato il tempo della morte* dell' assente, coloro che a *quel tempo* sarebbero stati di lui eredi o legatari, o avessero acquistato un diritto in conseguenza della morte, o i loro successori, possono proporre le ragioni loro competenti contro gl' immessi, salvo a questi i diritti acquistati colla prescrizione (contro gli *eredi,* non mai contro l' *assente*) e gli effetti della buona fede riguardo ai frutti percepiti (art. 41, 2106 e 703, Cod. civ.).

DIRITTO DI FAMIGLIA.

§ 11. — Nozioni generali.

Oggidì la famiglia è stata ricondotta sulle sue basi *naturali* e *sociali:* non vi ha più alcuna distinzione a fare fra la famiglia *naturale* (cognazione) e la famiglia *civile* (agnazione); poichè l'agnazione ha perduto già da gran tempo ogni importanza *giuridica,* col venir meno di quelle ragioni storiche, onde la famiglia veniva riguardata non come *organismo sociale* ed *etico,* ma principalmente come *istituto politico.*

Il diritto di famiglia ha per obbietto gl'istituti della società *coniugale* e *parentale* (*legittima, naturale e adottiva*): determina inoltre i mezzi e le forme, con cui si supplisce alla incompleta capacità di agire di alcune persone (*minori, interdetti, emancipati, inabilitati*) cogl'istituti della *tutela* e della *cura:* accerta da ultimo i fatti più importanti della *vita civile,* mercè appositi *registri* (dello *stato civile,* delle *tutele* e delle *cure*), tenuti da *pubblici ufficiali* a ciò destinati.

§ 12. — Del matrimonio.

Il matrimonio è atto *civile,* in quanto lo Stato, come supremo organismo *giuridico ed etico,* stabilisce le condizioni generali per la sua esistenza e validità: è atto

religioso, in quanto l'unione sessuale di due persone riceve una sanzione dalle loro credenze religiose.

Oggidì, dopo lotte secolari, lo Stato ha rivendicato il diritto di regolare esso solo il matrimonio per gli effetti *giuridici:* la potestà *spirituale* della Chiesa rimane integra nella sua sfera e affatto distinta dalla potestà *giuridica* dello Stato. Perciò un matrimonio validissimo, secondo il diritto canonico, è affatto inesistente secondo le leggi civili, se non è stato celebrato anche innanzi all'ufficiale dello stato civile: e d'altra parte è validissimo il matrimonio civile, anche quando non sia stato nè preceduto, nè seguito da cerimonie religiose.

Però la recisa e completa applicazione della vuota massima cavourriana: *libera Chiesa in libero Stato,* ha prodotto anche in tema di diritto matrimoniale il danno e la vergogna di mariti di due mogli e di mogli di due mariti (l'uno civile, l'altro religioso). Si tentò di porvi riparo col disegno del 1879, che dichiarava obbligatoria la celebrazione del matrimonio civile prima del religioso: ma la tenue maggioranza, onde il disegno fu approvato dalla Camera dei deputati, e i pregiudizi dei dottrinari e dei credenti dell'altro ramo del Parlamento dissuasero i sostenitori della legge dal perseverare nell'impresa. I tentativi fatti più tardi per stabilire la precedenza *obbligatoria* del matrimonio *civile* sono tutti falliti.

La classica definizione del matrimonio: *Coniunctio maris et fœminæ, consortium omnis vitæ, divini et humani iuris communicatio* (L. 1, Dig. 23; 2, Modestinus), tranne l'accenno al diritto pontificale, rappresenta con mirabile precisione due elementi del matrimonio, il *materiale* (unione sessuale) e il *morale* (*consortium omnis vitæ*), cui nel diritto moderno conviene aggiungere il *formale,* consistente nella *celebrazione solenne* innanzi all'ufficiale dello stato civile. Come istituto etico e giuridico il matrimonio, sebbene si contragga coll'accordo

delle volontà dei fidanzati, non è un mero *contratto:* esso *non si scioglie* per mutuo consenso, nè ha per obbietto cose valutabili in denaro. L'ordinamento della famiglia tocca i più alti problemi *morali, sociali* e *politici,* che i fautori del divorzio, non hanno neppure mostrato d'intendere.[1]

§ 13. — Degli sponsali.

La celebrazione del matrimonio *può* essere preceduta dagli sponsali: *sponsio et repromissio futurarum nuptiarum.* Però pel principio: *antiquitus placuit libera matrimonia esse,* gli sponsali non obbligano punto a contrarre il matrimonio, e in mancanza al pagamento dei *danni.* Può soltanto essere convenuto con un'*azione di restituzione di spese* il maggiore o il minore, il quale, autorizzato da quelle persone, il cui consenso era necessario per contrarre matrimonio, abbia contratto gli sponsali per *atto pubblico* o per *iscrittura privata* e rifiuti *senza giusta causa* di celebrare il matrimonio. L'azione deve sperimentarsi *nell' anno,* entro cui la promessa doveva eseguirsi (art. 53 e 54).

§ 14. — Delle condizioni richieste per contrarre matrimonio.

Delle condizioni richieste per contrarre matrimonio alcune sono essenziali per l'*esistenza,* altre per la *validità* dell'atto: altre, ove manchino, impediscono la celebrazione del matrimonio; ma celebrato che sia, esso rimane valido, pure essendo irrogata una *pena* ai contravventori.

Sono condizioni essenziali per l'*esistenza* del matri-

---

[1] GABBA, *Il divorzio*

monio, mancando le quali esso è colpito da nullità *assoluta, insanabile,* e *irratificabile,* come non esistesse agli occhi della legge:

1) la *diversità del sesso;*

2) il *consenso* degli sposi;

3) la *celebrazione solenne* innanzi all'ufficiale dello stato civile.

Delle altre condizioni necessarie per contrarre matrimonio, alcune sono *positive,* altre *negative.*

A) — 1) L'uomo non può contrarre matrimonio prima che abbia compiuto *diciotto* anni e la donna prima che ne abbia compiuti *quindici:* tuttavia il Re può permettere il matrimonio all'uomo che abbia compiuto *quattordici* anni, e alla donna che ne abbia compiuti *dodici* (art. 55 e 68 Cod. civ.; 79, 80, 81 del R. Decr. 16 novembre 1865 per l'ordinamento dello stato civile).

2) Il *consenso* degli sposi deve essere *valido,* non viziato cioè da *violenza,* nè da *errore:* però produce nullità del matrimonio soltanto l'errore sull'*identità fisica* della persona, e secondo la comune opinione, anche l'errore sullo *stato civile* di lei (condanne penali, professione religiosa); non mai l'*errore sulle qualità* fisiche, morali e sociali (art. 105, Cod. civ.).

3) Il *consenso* degli ascendenti o del Consiglio di famiglia o di tutela. Al *figlio,* che non ha compiuto gli anni *venticinque,* e alla *figlia,* che non ha compiuto gli anni *ventuno* è necessario il consenso del padre e della madre: se i genitori sono discordi, basta il consenso del padre. Se uno dei genitori è morto, o incapace di consentire *giuridicamente* o *fisicamente,* basta il consenso dell'altro. Il figlio *adottivo,* finchè non abbia compiuto *ventun* anno, ha bisogno *inoltre* del consenso dell'adottante. — Se *entrambi* i genitori son morti, o incapaci di acconsentire giuridicamente o fisicamente, i minori degli anni *ventuno* (*maschi* e femmine) non possono contrarre

matrimonio senza il consenso degli *avi* e delle *avole:* il disparere fra le due linee equivale a *consenso:* se l'avo e l'avola della medesima linea sono discordi, basta il consenso dell'avo. — Se non esistono genitori, nè *adottante,* nè avi, nè avole, o se tutti sono incapaci di consentire, i minori degli anni *ventuno* non possono contrarre matrimonio senza il consenso del *Consiglio di famiglia* (art. 65). — Trattandosi del matrimonio di figli *naturali riconosciuti,* il consenso sarà dato dal genitore (padre o *madre*) o dai genitori, che esercitano sopra di essi la *tutela legale:* se i genitori sono morti, o incapaci di consentire, il consenso sarà prestato non dagli *ascendenti più lontani,* ma dal *Consiglio di tutela.* Il Consiglio medesimo è chiamato a prestare il suo consenso al matrimonio dei figli naturali *non riconosciuti* (art. 63 e 66). — Il consenso già prestato può tuttavia essere *revocato* prima del matrimonio: chi lo presta non è tenuto ad allegare i motivi della sua decisione, nè quelli del suo rifiuto. Pure, per evitare *abusi di autorità,* il *figlio minore di età,* e il *figlio maggiore* in vita dei genitori, possono contro il *rifiuto* del consenso degli ascendenti, o del Consiglio di famiglia o di tutela, far richiamo alla *Corte di appello;* la quale, *secondo le circostanze tutte del fatto,* provvede con decreto *non motivato, accordando* o *negando* il consenso, dopo di aver udite le parti, *senza intervento di procuratori* o *avvocati,* e il Pubblico Ministero a *porte chiuse* per non isvelare i più delicati segreti di famiglia (art. 67). — Sono aboliti gli *atti rispettosi* (art. 151 a 158 Cod. francese); i quali, anzichè indurre gli sposi a miglior consiglio e a riconciliarsi coi genitori, per non incorrere nella loro disapprovazione, riuscivano invece per la loro *forma pubblica* e per la forza spesso invincibile della passione a inasprire gli animi e a scemare l'autorità degli ascendenti.

B) — 1) Il matrimonio è vietato: a) *fra tutti gli ascendenti e discendenti legittimi;* b) *fra tutti gli ascendenti e discendenti naturali;* c) *fra gli affini della medesima linea retta;* d) *fra le sorelle e i fratelli legittimi e naturali, germani, consanguinei o uterini;* e) *fra gli affini nel medesimo grado,* cioè tra cognati; f) *fra lo zio e la nipote, la zia e il nipote*[1] (art. 59).

A cagione della parentela *civile* è proibito il matrimonio: a) *fra l'adottante, l'adottato e i suoi discendenti;* b) *fra i figli adottivi della stessa persona;* c) *tra l'adottato e i figli sopravvenuti all'adottante;* d) *tra l'adottato e il coniuge dell'adottante, e tra l'adottante e il coniuge dell'adottato* (art. 60).

2) È vietato il matrimonio a chi sia legato da un matrimonio *precedente, validamente* contratto (art. 56).

3) La donna non può contrarre un nuovo matrimonio, finchè non siano trascorsi *dieci mesi* (*anno del lutto*) dallo scioglimento e dall'*annullamento* del precedente, salvo il caso, che ella abbia partorito, o che il precedente matrimonio sia stato annullato per *impotenza* del marito: in entrambi i casi è, o diviene impossibile la *turbatio sanguinis,* che è la *sola* ragione giuridica del divieto.

4) Pel matrimonio dei *militari* si richiedono l'*assenso regio* e la dimostrazione di una certa *fortuna,* secondo il *grado.*

5) Chi fu in giudizio *criminale* convinto reo o complice di omicidio *volontario,* commesso, mancato o tentato sulla persona di uno dei coniugi, non può più unirsi in matrimonio coll'altro coniuge (*impedimentum criminis*) (art. 62).

6) È vietato il matrimonio agl' *interdetti per in-*

---

[1] Il Re può tuttavia con apposita dispensa permettere il matrimonio fra *cognati* e fra *zii* e *nipoti* (art. 68, Cod. civ.; 79, 80, 81, R. Decreto 15 novembre 1865).

fermità di mente (non agl' interdetti *legali*, nè agl' *inabilitati*). Se l' istanza d' interdizione è stata promossa soltanto, si sospenderà la celebrazione del matrimonio, sinchè l' autorità giudiziaria non abbia *definitivament* pronunziato (art. 61).

Non costituiscono impedimento al matrimonio il semplice *adulterio* precedente, nè la professione religiosa di *voti solenni* (*impedimentum voti et ordinis*).[1]

§ 15. — Delle opposizioni al matrimonio.

L' *opposizione* è il mezzo legale per impedire la celebrazione di un matrimonio, cui manchi qualcuna delle condizioni *richieste dalla legge:* quindi, mentre il semplice *diniego di consenso* può fondarsi sopra *qualsiasi motivo ragionevole*, e impedisce la celebrazione del matrimonio soltanto fino al 21° o al 25° anno; l' *opposizione* non può fondarsi, che su di una *causa ammessa dalla legge*, ed è *sempre* di ostacolo alla celebrazione del matrimonio.

Il diritto di fare opposizione è dato in modo *assoluto*, cioè per *qualunque* delle cause ammesse dalla legge, al Pubblico Ministero (art. 139 della legge sull' ordinamento giudiziario del 6 novembre 1865), al padre e alla madre, e *in mancanza di ambedue* agli avi e alle avole. In modo *relativo*, cioè *soltanto* per mancanza del consenso del Consiglio di famiglia o di tutela e per infermità di mente di uno degli sposi, il diritto di fare opposizione è dato, *in mancanza di ascendenti*, al fratello e alla sorella, allo zio e alla zia, ai cugini germani maggiori di età, al tutore e al curatore, autorizzati dal Consiglio di famiglia e di tutela *senza ordine di preferenza*. Può fare opposizione per *bigamia* il

[1] GIANTURCO, *Sist.*, pag. 97.

coniuge della persona, che vuol contrarre un nuovo matrimonio *civile*.[1] Al matrimonio della vedova, che voglia rimaritarsi prima che siano trascorsi *dieci* mesi dall' annullamento o dallo scioglimento del matrimonio precedente, possono fare opposizione i *prossimi* ascendenti di lei e tutti i parenti del defunto marito; se il matrimonio precedente fu annullato, può opporsi anche il primo marito (art. 84, 85, 86).

L' opposizione si fa per atto di usciere, notificato nella forma delle citazioni, agli sposi e all' ufficiale dello stato civile, innanzi a cui il matrimonio dovrebbe essere celebrato. L' opposizione così fatta *da persona che ne ha facoltà* e *per causa ammessa dalla legge* sospende la celebrazione del matrimonio, sino a che non sia *passata in giudicato*, pel decorrimento dei termini o per *rinunzia* o *rigetto* de' legittimi gravami, la sentenza che rigetta l' opposizione medesima.

§ 16. — Celebrazione del matrimonio.

Dal diritto canonico il diritto civile ha tolto le *pubblicazioni* (*denunciæ, proclamationes, banna, edicta inter missæ parochialis solemnia*), dirette a rendere pubblici gl' *impedimenti*; le quali si fanno mediante *affissione* alla porta della casa comunale, in uno spazio destinato esclusivamente a tale uso, in *due domeniche successive*. L' atto, perchè abbia la maggiore *pubblicità* possibile, resterà affisso nell' intervallo fra l' una e l' altra pubblicazione, e per tre giorni successivi (art. 52, Cod. civ.). Il matrimonio non può celebrarsi *prima* del *quarto* giorno dall' ultima pubblicazione, nè *dopo* il *180°* dalla pubblicazione medesima. Il Procuratore del Re è

---

[1] Il matrimonio *religioso* e gli sponsali non sono cause *ammesse dalla legge* per dar dritto all'opposizione.

delegato a concedere per gravi motivi la dispensa da *una* delle pubblicazioni: il Procuratore generale presso la Corte di appello può, concorrendo alcune condizioni (art. 78, Cod. civ.; 82, Decr. 15 nov. 1865; Decr. 14 febbraio 1869), concedere la dispensa da *ambedue* le pubblicazioni. E nel caso d'*imminente* pericolo di vita, se gli sposi hanno *prole naturale vivente*, che intendono *legittimare*, l'ufficiale dello stato civile può procedere alla celebrazione del matrimonio, *omessa la formalità delle pubblicazioni* e l'altra della presentazione dei documenti, purchè *quattro* testimoni accertino con *giuramento* non esistere fra gli sposi impedimenti di parentela, di affinità o di stato, e siavi il consenso degli ascendenti o del tutore (art. 38, Decr. cit.).

Il matrimonio viene quindi celebrato *pubblicamente* e alla presenza di *due* testimoni nella *casa comunale* innanzi all'ufficiale dello stato civile del Comune, dove uno degli sposi abbia la residenza *attuale* o il *domicilio generale*. L'ufficiale dello stato civile, in presenza dei testimoni, darà lettura agli sposi *personalmente* comparsi, degli art. 130, 131 e 132, Cod. civ.: quindi riceverà da ciascuno di essi *separatamente* la dichiarazione, non *subordinata a termini nè a condizioni*, di volersi prendere rispettivamente per marito e moglie: e da ultimo, *senza passare ad atti estranei*, li dichiarerà uniti in matrimonio.

Le regole relative al matrimonio del *Re* e della famiglia *reale* costituiscono sotto più rispetti un *ius singulare* (art. 69, 92 e 99, Cod. civ.); quelle relative ai matrimoni dei cittadini all'estero e degli stranieri nel Regno (art. 100 e 103) sono, salvo lievi derogazioni, informate ai principii del diritto internazionale privato.

§ 17. — Prova della celebrazione del matrimonio.

Le prove del *fatto*[1] della celebrazione del matrimonio sono l' *atto* di celebrazione, estratto dai registri dello stato civile, il *possesso di stato* (*nomen, tractatus et fama* di essere *coniugi*), i *documenti*, le *scritture* e i *testimoni*, la *sentenza penale*.

Il possesso di stato, sebbene allegato da entrambi i coniugi, non dispensa dal presentare l' atto di celebrazione (art. 118): se non fosse così, il concubinato acquisterebbe facilmente veste e colore di matrimonio. Il possesso di stato giova solamente ai *figli*, la cui *legittimità* non può essere impugnata pel solo motivo, che manchi l' atto di celebrazione del matrimonio dei genitori, qualora *entrambi* siano morti o *assenti*, e i figli abbiano sempre avuto il *possesso di stato della legittimità*, non contraddetto dall' atto di nascita (art. 120). La prova per *documenti* e per *testimoni* è ammissibile così in favore dei *figli*, come dei *coniugi* e dei *terzi*, quando i registri dello stato civile non siano stati tenuti, o siano distrutti o smarriti in tutto o in parte, o vi sia stata interruzione nella tenuta dei medesimi (art. 364); oppure quando vi siano indizi, che per dolo o colpa dell' ufficiale dello stato civile, per caso fortuito o forza maggiore, cui le parti non hanno data occasione, l' atto di matrimonio non sia stato iscritto nei registri a ciò destinati. In tali casi però è necessario, che gli sposi presentino l' estratto delle seguite pubblicazioni o il decreto di dispensa, e vi sia prova non dubbia di un conforme *possesso dello stato di coniugi*

[1] La quistione della *validità o nullità* del matrimonio, che è tutta di *diritto*, è ben distinta da questa circa la prova del *fatto* della celebrazione.

(art. 121). Da ultimo la prova del *fatto* della celebrazione può risultare *indirettamente*, così in favore dei coniugi, come dei figli e dei terzi, da una sentenza *penale* per sottrazione, trafugamento o falsificazione degli atti dello stato civile, oppure per violazione delle leggi e dei regolamenti relativi (art. 520, 212 e 341, Cod. pen.).

§ 18. — Nullità del matrimonio.

Delle condizioni richieste per contrarre matrimonio, salvo quelle *essenziali* per l'*esistenza*, le altre costituiscono o un *impedimento dirimente*, per effetto del quale il matrimonio può essere *annullato*, o un impedimento *proibitivo* (*impediente*), a cagione del quale il matrimonio non si annulla, ma viene irrogata una pena ai contravventori. Gl' impedimenti *dirimenti* si dividono alla loro volta in *assoluti*, che danno origine a nullità *insanabili* e possono farsi valere da chiunque vi abbia interesse; e *relativi*, che danno origine a nullità *sanabili*, quattro delle quali possono farsi valere soltanto da alcune persone determinate.[1]

Impedimenti dirimenti assoluti. — Essi sono *quattro*, cioè la *parentela* o l'*affinità*, il *crimine*, la *mancanza dei testimoni*, il *vincolo del precedente matrimonio*. Le persone, che possono proporre tali nullità assolute, sono gli sposi, gli ascendenti *prossimi* materni e paterni, il Consiglio di famiglia o di tutela, il Pubblico Ministero nell' interesse pubblico, durante la vita dei coniugi, il coniuge, a danno del quale siasi contratto un secondo matrimonio,[2] tutti coloro che hanno interesse

[1] Vi ha chi chiama *assoluti* anche due degl' impedimenti che possono proporsi da chiunque vi abbia interesse, ma danno luogo a nullità *sanabili*, cioè le nullità dipendenti da mancanza di età *legale* e da incompetenza dell'ufficiale dello stato civile.

[2] Il matrimonio contratto dal coniuge dell' *assente*, secondo lo stretto diritto, è nullo; pure, per ragioni di equità e di convenienza,

legittimo e *attuale* alla dichiarazione di nullità; ad esempio, i creditori, cui importi far dichiarare nulla l'ipoteca *legale* spettante alla moglie (art. 104).

Impedimenti dirimenti relativi. — Essi sono *sei*, cioè la *mancanza di età legale*, l'*incompetenza* dell'ufficiale dello stato civile, il *vizio del consenso*, l'*interdizione*, l'*impotenza*, la *mancanza del consenso* dei genitori, degli avi o del Consiglio di famiglia o di tutela. Tutte le suddette nullità sono *sanabili*, e tranne le due prime, le quali, al pari delle nullità assolute, possono proporsi da chiunque vi abbia interesse; le altre sono proponibili soltanto da *alcune* persone determinate. La nullità dipendente da *mancanza di età legale* si sana in *modo assoluto*, cioè rispetto a tutte le persone che potevano proporla, quando il matrimonio non sia stato impugnato fra *sei mesi*, dopochè lo sposo incapace o entrambi abbiano raggiunta l'età legale; e quando la sposa, sebbene non abbia raggiunta tale età, sia rimasta *incinta*. La nullità si sana in modo *relativo*, cioè rispetto agli *ascendenti*, o al *Consiglio di famiglia o di tutela* (non rispetto al Pubblico Ministero e a coloro che abbiano legittimo interesse alla dichiarazione di nullità), se essi abbiano espressamente o tacitamente approvato il fatto compiuto (articoli 110 e 111). La nullità per *incompetenza* dell'ufficiale dello stato civile si sana in modo *assoluto*, se il matrimonio non venga impugnato entro *un anno* dalla celebrazione (art. 104, ultimo comma). La nullità per *vizio del consenso* può essere proposta *soltanto* dallo sposo, che patì la violenza o fu tratto in errore: essa si sana colla *ratifica espressa* e colla *coabitazione continuata per un mese*, dopochè lo sposo ha riacquistata la sua piena libertà o riconosciuto l'errore. L'*interdizione* è causa di

non può essere impugnato finchè dura l'incertezza sulla vita dell'assente, e quindi sulla sussistenza o sullo scioglimento del matrimonio (art. 113).

nullità del matrimonio, se allorquando fu celebrato, era stata già pronunziata la sentenza definitiva d'interdizione, oppure esisteva già l'infermità di mente, per cui l'interdizione fu pronunziata dipoi. La nullità può proporsi dall'interdetto, qualora sia rivocata l'interdizione, dal tutore, autorizzato dal Consiglio di famiglia o di tutela e dal Pubblico Ministero: e si sana colla *ratifica espressa* e colla *coabitazione continuata per tre mesi,* dopo revocata l'interdizione. L'*impotentia coeundi* (non l'*impotentia generandi*) può essere causa di nullità del matrimonio, quando sia *perpetua, manifesta e anteriore al matrimonio.* La nullità è proponibile *soltanto* dall'altro coniuge; la domanda di nullità è inammissibile, *per mancanza d' interesse giuridico,* se lo sposo istante sia impotente a sua volta; e per riguardo ai buoni costumi, se la donna ha concepito e partorito, senza che il marito abbia disconosciuta la paternità. La nullità dipendente dalla *mancanza del consenso* degli ascendenti, o del Consiglio di famiglia o di tutela può essere proposta *soltanto* dallo sposo, *cui il consenso era necessario,* e da coloro che avevano il diritto di consentire, *nel momento in cui fu celebrato il matrimonio.* La nullità si sana *rispetto a coloro, il cui consenso era richiesto e rispetto allo sposo,* cui esso era necessario, se i primi espressamente o tacitamente abbiano approvato il matrimonio già celebrato, oppure abbiano lasciato trascorrere *senza richiamo* i primi *sei* mesi dalla celebrazione. *Rispetto allo sposo,* cui il consenso era necessario (pure rimanendo piena la facoltà del richiamo agli ascendenti e al Consiglio), la nullità è improponibile, quando al tempo della celebrazione lo sposo, non autorizzato, aveva già compiuto gli anni *ventuno,* oppure, *divenuto maggiore* ha lasciato trascorrere *sei mesi* senza richiamo (art. 108 e 109). La mancanza del consenso dell'*adottante* non induce *nullità* del matrimonio.

Se la domanda di nullità è accolta, il matrimonio, per virtù *retroattiva* della sentenza *dichiarativa* della nullità, si considera *anche pel tempo anteriore*, come un mero *stato di fatto*, per sè stesso improduttivo di effetti giuridici, personali e patrimoniali.[1]

Tuttavia, se il matrimonio annullato sia stato *contratto* (*mala fides superveniens non nocet*) in *buona fede* (matrimonio putativo), esso produce in favore del *coniuge di buona fede* o di entrambi, e *in ogni caso* in favore dei figli, tutti gli effetti *civili* di un matrimonio pienamente valido. Il matrimonio putativo presuppone, oltre la *solenne celebrazione* innanzi all'ufficiale dello stato civile (la quale è requisito essenziale per l'*esistenza* del matrimonio), la *buona fede;* cioè *scusabile* ignoranza degl'impedimenti, che ostavano alla celebrazione del matrimonio, a cagione di errori *di fatto* (in tal caso *bona fides præsumitur*), o di *diritto* (*bona fides non præsumitur, sed probatur,* perchè si presume in contrario che niuno ignori il diritto vigente) (art. 116). In quanto agli *effetti* il matrimonio putativo si considera come un matrimonio, che sia stato *disciolto* per morte, nel momento in cui ne viene pronunziata la nullità: quindi, mentre son conservati i diritti *acquisiti* sino a quel tempo; per l'avvenire il matrimonio putativo non può produrre *effetti nuovi,* non nati ancora al tempo della dichiarazione di nullità, ad esempio il diritto agli alimenti fra coniugi in caso di bisogno, e il reciproco diritto di successione.

Impedimenti proibitivi. — Gli sposi e l'ufficiale dello

---

[1] Due soli effetti derivano per tassative disposizioni dal matrimonio annullato: l'uno, che la donna non possa contrarre un nuovo matrimonio prima che siano trascorsi dieci mesi dall'annullamento; l'altro che il matrimonio annullato fornisca in favore dei figli, *concepiti in costanza di esso,* la prova *indiretta* della loro filiazione *naturale,* onde hanno diritto agli *alimenti* (art. 193, n. 2).

stato civile, che abbiano celebrato il matrimonio, *senza che sia stato preceduto dalle pubblicazioni necessarie*, incorrono nella multa da lire 200 a 1000. La donna, che contragga matrimonio *prima che siano trascorsi dieci mesi* dallo scioglimento o dall' annullamento del matrimonio precedente, l' uffiziale dello stato civile e l' altro sposo, *se ne siano consapevoli*, incorrono nella multa di lire 300, estensibile a lire 1000. La donna *decade* inoltre da ogni donazione, lucro dotale e successione che le provengano dal primo marito. Altre pene pecuniarie sono irrogate per l' inosservanza di precetti meno importanti in materia matrimoniale (art. 123 a 129): l' applicazione di esse è promossa dal Pubblico Ministero innanzi al Tribunale *correzionale*.

§ 19. — Diritti e doveri dei coniugi fra loro.

I coniugi hanno l' obbligazione *reciproca* della *coabitazione*, della *fedeltà* e dell' *assistenza*, per garentia delle quali, oltre le sanzioni morali, vi ha sanzioni *giuridiche* (art. 133, 150, 131, 132, 1579, Cod. civ.; 105, Proc. pen.). Vi sono inoltre diritti, accordati *esclusivamente* al marito, come *capo della famiglia*, e in conseguenza dell' *autorità maritale*: principalissimo fra questi quello di autorizzare la moglie in alcuni *determinati* atti della vita civile di lei. Respinto il concetto di richiedere l' autorizzazione maritale per *tutti gli atti eccedenti la semplice amministrazione* e in forma *speciale*; il Codice italiano, fra le pretese dei dottrinari emancipatori della donna e dei tenaci conservatori dell' autorità maritale, cercò una via di conciliazione, richiedendo l' autorizzazione *speciale* o GENERALE solo per alcuni atti *determinati*. Certo così non è interamente raggiunto lo scopo di mantenere l' accordo fra la donna e il capo della famiglia, e di tutelare il patrimonio familiare; poichè i *soli*

atti, pei quali è richiesta l'autorizzazione maritale, sono le donazioni, le alienazioni d'immobili, i mutui in denaro o in derrate, le cessioni e riscossioni di capitali, le fideiussioni semplici o solidali, le transazioni, lo stare in giudizio relativamente agli atti suddetti, l'accettazione di un mandato (art. 134 e 1743, Cod. civ.). E, neanche nei casi suddetti, la donna ha bisogno dell'autorizzazione: 1) se ella agisce per l'esecuzione del mandato, accettato col consenso del marito; 2) se questi è minore, interdetto, inabilitato, assente o condannato a più di un anno di carcere durante l'espiazione della pena; 3) se la moglie è legalmente separata *per colpa di lui;* 4) se esercita la mercatura *in proprio nome* e per *proprio conto* (*uxor mercatoris non est mercatrix*) (art. 135, Cod. civ.; 13 e 14, Cod. comm.).

L'autorizzazione *generale* dev'essere data *per atto pubblico* e può sempre revocarsi; la *speciale* può essere data *anteriormente, contemporaneamente* o *posteriormente* all'atto. L'autorizzazione giova ad *integrare la capacità* della moglie, non a sanare i *vizi di forma e di sostanza* dell'atto: nè il marito è obbligato personalmente pel *solo* fatto dell'autorizzazione: *chi autorizza non si obbliga.*

Se nei casi, in cui l'autorizzazione è richiesta il marito *ricusi l'autorizzazione,* o fra i coniugi vi sia opposizione *attuale* o *eventuale* d'interessi, oppure la moglie sia separata legalmente per colpa *sua e del marito* o per *mutuo consenso,* supplisce all'incapacità della moglie l'autorizzazione *giudiziale,* la quale *in materia civile,* è sempre *speciale* (art. 135 e 136, Cod. civ.; 799, 800, 801, Proc. civ.).

Gli atti compiuti, senza autorizzazione maritale o giudiziale, sono infetti da *nullità relativa;* proponibile cioè non dai *terzi,* ma *soltanto* dal marito, sinchè dura il matrimonio, dalla moglie e dagli eredi o aventi causa

di lei. L'azione di nullità si estingue colla prescrizione di *cinque* anni, computabili *dal giorno dello scioglimento del matrimonio,* o colla *ratifica* (art. 137, 1300, 1309, Cod. civ.).

§ 20. — Della separazione personale.

Poichè non è ammesso il *divorzio,* l'unico modo di *scioglimento* del matrimonio è per le nostre leggi la *morte* di uno dei coniugi. Pure, per temperare il rigore dell'*indissolubilità,* è ammessa la *separazione personale* (*quoad thorum et habitationem*), sebbene il *vincolo coniugale* rimanga fermo.

La separazione personale può essere domandata *soltanto* dai coniugi per una o più delle cause seguenti:

1) l'*adulterio* della moglie *in ogni caso;* l'adulterio del *marito,* quando egli mantenga la concubina *in casa,* o *notoriamente* in altro luogo, oppure se il fatto dell'adulterio costituisca un'*ingiuria grave* alla moglie. La disparità è giustificata dalla considerazione, che per l'adulterio della moglie non solo viene *ingiuriato* il marito, ma possono venire ammesse nella famiglia, usurpando *lo stato di legittimità,* persone, che non hanno alcun diritto di appartenervi;

2) il *volontario abbandono;*

3) gli *eccessi,* quegli atti cioè, che mettono in pericolo la vita o la salute dell'altro coniuge;

4) le *sevizie,* atti di barbarie e di crudeltà, pregiudizievoli alla salute;

5) le *minacce,* purchè sieno *serie* e *temibili,* avuto riguardo alle circostanze e alla condizione delle persone;

6) le *ingiurie gravi* fatte *durante il matrimonio:* non costituisce ingiuria l'esercizio del proprio diritto da parte di uno dei coniugi: *qui iure suo utitur nemini facit iniuriam;*

7) la *condanna* a pena *criminale*[1] per reati comuni, militari o *politici*, ammenochè la sentenza sia *anteriore* al matrimonio, e l'altro coniuge ne fosse *consapevole*;

8) la *vita girovaga del marito*, quando non sia giustificata da ragioni di affari o d'ufficio;

9) il diniego del marito di fissare una *residenza conveniente* e *proporzionata* alle sue sostanze (art. 150, 151, 152).

Tutti i mezzi di prova sono di regola ammissibili per dimostrare la verità dei fatti, allegati come causa della separazione: però in tema di rapporti *personali*, che toccano l'ordine pubblico, la confessione (*probatio probatissima*) del coniuge convenuto non vale come prova piena; e sono inammissibili tanto il giuramento *decisorio*, che importa *transazione*, quanto il *suppletorio*, che dalla probità di chi giura fa *quasi* dipendere la decisione della causa.

Alla domanda di separazione si possono opporre tre eccezioni perentorie d'*inammissibilità*; cioè la *riconciliazione* espressa o tacita, risultante da fatti *posteriori* alla *conoscenza* delle cause di separazione; l'*exceptio rei iudicatæ*, se la nuova domanda si fonda sugli *stessi* motivi della precedente, già definita, o su motivi *diversi, ma preesistenti* alla prima domanda (*adprehensio uno iudicio omnium causarum*); la *correità o complicità* del coniuge istante nei fatti, su cui fondasi la domanda di separazione, come se egli abbia favorito l'adulterio della moglie ec.[2]

Pronunziata la separazione, la moglie, sciolta dal-

---

[1] V. art. 20 delle disposizioni per l'attuazione del vigente Codice penale del 1° dicembre 1889.

[2] Però non è ammessa la *compensazione dei rispettivi torti*: la legge contempla espressamente il caso che la separazione sia pronunziata *per colpa di entrambi i coniugi.*

l'obbligo della *coabitazione,* può fissare il suo *domicilio,* dove le aggrada: però rimane fermo l'obbligo della *fedeltà;* sicchè il marito si *presume* (salvo l'azione di denegata paternità) padre del figlio avuto dalla donna, durante la separazione. Il Tribunale confiderà i figli a uno dei coniugi, a un istituto di educazione o ad una terza persona; i genitori, innocenti o colpevoli, conserveranno il diritto di visitarli e d'invigilarne l'educazione (art. 154 e 155). Il coniuge *colpevole* perde i *diritti di successione* sull'eredità dell'altro coniuge (art. 757), e tutti i *lucri dotali* e gli utili, che questi gli avesse concesso nel contratto di matrimonio: perde inoltre il diritto di essere tutore dell'altro coniuge, quando fosse interdetto giudizialmente (art. 330). Il coniuge innocente per contrario conserva il diritto ai lucri dotali e a tutti gli altri utili dipendenti dal contratto di matrimonio, *sebbene stipulati con reciprocità.* Se entrambi i coniugi sono colpevoli, la perdita sarà *comune ad entrambi:* tuttavia *in ogni caso* (salvo quello previsto, *prima* della domanda di separazione, dall'art. 133), rimane fermo fra loro il diritto e il dovere degli *alimenti* (art. 156).

Per evitare la pubblicità e lo scandalo di un giudizio, i coniugi possono separarsi per *mutuo consenso* (*bona gratia*). La separazione *consensuale* dev'essere *omologata* dal Tribunale civile (art. 157, Cod. civ.; 811, Proc. civ.); e poichè per essa, s'ignora quale sia il coniuge colpevole, i coniugi conservano il reciproco diritto di successione.

La separazione, sia *giudiziale,* sia *consensuale,* può cessare, senza l'intervento dell'autorità giudiziaria per *dichiarazione espressa de' coniugi,* o per effetto della *coabitazione:* i coniugi quindi riacquistano tutti i diritti perduti, e cessano tutti i provvedimenti ordinati dal Tribunale riguardo ai figli (art. 157, Cod. civ.).

SOCIETÀ PARENTALE.

§ 21. — Della filiazione legittima. Prova dello stato e azioni di stato.

Chi pretende di essere figlio *legittimo* dovrebbe dimostrare: 1) il *fatto* della celebrazione del matrimonio fra i suoi genitori, secondo le regole suesposte (§ 17), e la *validità* di esso; 2) di essere nato dalla *donna,* che pretende per madre; 3) dall'*uomo,* che pretende per padre; 4) di essere stato *concepito durante il matrimonio;* 5) l'*identità sua.* Pure, a cagione del mistero, che avvolge la *paternità* (*mater semper certa est, pater numquam*), e della difficoltà grandissima di determinare il tempo del concepimento, la legge soccorre con due *presunzioni:* l'una, che può essere vinta dalla prova contraria (*præsumptio iuris tantum*), l'altra affatto invincibile (*præsumptio iuris et de iure*). La prima è fondata sulla *fedeltà* della donna: *pater is est, quem nuptiæ demonstrant:* è padre del fanciullo il marito della madre: per la *seconda,* fondata sugli studi embriologici, che determinano il termine della più lunga e più breve *gestazione uterina,* si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato non prima di 180 giorni dalla celebrazione, nè dopo 300 giorni dallo scioglimento o annullamento del matrimonio.

Finchè non sorga una *quistione di stato,* la filiazione legittima si prova:

1) coll'*atto di nascita,* regolarmente iscritto sui registri dello stato civile: esso fa fede della filiazione *materna* sino a querela di falso o sino a prova contraria, secondo la distinzione, scritta nell'art. 363; e serve di fondamento alla presunzione: *pater is est, quem nuptiæ demonstrant;*

2) *in mancanza dell' atto di nascita,* la legittimità si prova col *possesso continuo dello stato di figlio legittimo* (art. 171).

La forza probante del possesso di stato sta nella considerazione, che niuno tratterebbe come suo figlio, nè tollererebbe, che altri lo riguardasse come tale, chi fosse del tutto estraneo alla famiglia legittima. Se l'atto di nascita è in armonia col possesso di stato, *nessuno* può contestare lo stato di legittimità del figlio; nè egli può reclamare uno stato diverso di filiazione naturale o legittima (art. 173), salvochè provi la *supposizione* o *sostituzione di parto* (art. 174);

3) per eccezione si ammette la *prova testimoniale* nei casi suddetti di *supposizione* o *sostituzione di parto,* o se per qualsiasi causa *manchino* e l'atto di nascita e il possesso di stato, oppure il figlio fosse stato iscritto sotto *falsi nomi.* Perchè sia ammissibile la prova testimoniale, si richiede tuttavia un *principio di prova scritta,* che renda *verosimile* il fatto allegato, oppure il concorso di presunzioni e indizi, *già certi* e *gravi,* ad esempio, il tatuaggio del fanciullo, le vesti, le circostanze, nelle quali fu raccolto ec.

Le azioni relative allo *stato* delle persone, si distinguono in azioni di *reclamo di stato,* e di *contestazione di stato,* secondochè tendono ad *acquistare* il titolo dello *stato,* oppure a *toglierlo* a chi ingiustamente lo abbia.

Azioni di reclamo di stato. — Salvo i casi di sostituzione o supposizione di parto, l'azione di reclamo di stato, per le regole suesposte, è proponibile soltanto quando l'atto di nascita non sia conforme al possesso di stato, oppure manchi del tutto l'uno o l'altro, o entrambi insieme. In *via principale* l'azione spetta soltanto al *figlio,* e *iure proprio,* anche per solo interesse *morale,* ai *discendenti* di lui.

Azioni di contestazione di stato. — 1) *Azione di denegata paternità* o di *disconoscimento*, che tende a vincere la presunzione *pater is* ec., contestando, che il figlio *nato* o *concepito* durante il matrimonio, abbia per padre il marito della madre. Contro il figlio *concepito* durante il matrimonio l'azione è ammissibile nei casi: *a*) d'*impossibilità fisica della coabitazione* per causa d'allontanamento o di altro accidente, che abbia inabilitato il marito a generare, durante tutto il tratto di tempo, cui può risalire il concepimento (art. 162); *b*) di *separazione legale* e di *fatto* dei genitori durante *tutto* il tempo trascorso dal 300° al 180° giorno dalla nascita; *c*) d'*impotenza manifesta*, sebbene *transitoria* e *posteriore* al matrimonio; *d*) di *adulterio* della moglie, accompagnato da *celamento doloso* della *nascita* o della *gravidanza* e da *impossibilità morale* della coabitazione. — Il figlio *nato*, ma non *concepito* durante il matrimonio, a rigore non può farsi forte della presunzione *pater is* ec.; pure, anzichè dichiararlo illegittimo *de iure*, il legislatore, sul fondamento dell'*id, quod plerumque accidit*, ha lasciato al genitore la facoltà di sconoscerlo. Tale facoltà, in forza del tacito riconoscimento della paternità o per mancanza d'interesse giuridico, vien meno, se il genitore era *consapevole* della gravidanza *prima* del matrimonio; se dall'atto di nascita consti, che egli vi assistette personalmente in qualità di *dichiarante*, o di *testimone*, o per mezzo di altra persona da lui specialmente autorizzata per atto autentico; se il parto sia dichiarato non vitale, o sia nato morto (art. 161). — L'azione di denegata paternità spetta *soltanto* al marito, il quale deve intentarla entro il termine *perentorio* di *due mesi* dalla nascita, quando si trovi nel luogo in cui è nato il figlio, entro *tre mesi* dopo il suo ritorno nel luogo, in cui è nato il figlio, o è stabilito il domicilio coniugale, se se ne tro-

vava *lontano* (assente); o entro *tre* mesi dopo scoperta la frode, quando gli si fosse tenuta celata la nascita (art. 166). Nel giudizio interverrà *sempre* la madre, non solo per dare chiarimenti, ma per l'interesse *proprio* di difendere i suoi diritti e il suo onore (art. 168).

2) *L'azione di contestazione della legittimità* è diretta a contestare lo stato del figlio, che pure essendo stabilita e certa la filiazione *materna*, è nato oltre 300 giorni dopo lo scioglimento o l'annullamento del matrimonio. Essa è data a tutti i membri della famiglia, anche se abbiano interesse semplicemente morale.

3) *L'azione di contestazione dello stato* è diretta contro il figlio, il cui stato di legittimità si fondi sull'atto di nascita o sul possesso di stato, o sopra entrambi nei casi di supposizione o sostituzione di parto (*actio de maternitate neganda*). L'azione è data a tutti i membri della famiglia, i quali senza dubbio hanno interesse morale a che niuno usurpi uno stato, che non gli appartiene.

Le azioni di stato, come quelle che tengono al diritto pubblico, e a qualità essenziali della persona, non sono capaci di *rinunzia*, nè di *transazione*, e sono *inalienabili* e *imprescrittibili;* invece sono capaci di rinunzia e di transazione, alienabili e prescrittibili fra 30 anni gl'interessi pecuniari dipendenti dallo stato (art. 177, 178). La cognizione delle quistioni di stato in via *principale* è riserbata al Tribunale civile (art. 81, Proc. civ.). I *giudicati di stato*, i quali pongano termine a un giudizio *principale*, agitatosi fra il figlio e i suoi *legittimi contraddittori*, hanno autorità *erga omnes:* quei giudicati, secondo un'energica espressione, sono *come leggi;* onde hanno autorità, rispetto a tutti i membri della famiglia, e ai terzi, sebbene non intervenuti nel giudizio.

§ 22. — Della patria potestà.[1]

La legge attribuisce ai genitori legittimi sui figli *minori non emancipati un' autorità di diritto*, la quale dicesi *patria potestà*. Spoglia dell'antico carattere *dominicale* e *politico*, essa è oggidì ristretta al mantenimento dell' ordine nella famiglia e alla tutela della persona e del patrimonio dei figli. Il *godimento* della patria potestà spetta a entrambi i genitori; ma, durante il matrimonio, essa si *esercita* di regola dal padre soltanto: sciolto il matrimonio, è esercitata dal genitore superstite (art. 220). Se superstite è la *madre*, ella ha gli stessi diritti del marito: però questi può per testamento (*pubblico, segreto o olografo*) o per *atto autentico* porle *condizioni* circa l' educazione dei figli e l' amministrazione dei beni; salvo alla madre il diritto di chiedere al Consiglio di famiglia di esserne dispensata (art. 235). Se la madre superstite è incinta, può essere nominato un *curatore al ventre*, che *conservi* il patrimonio del nascituro, e vegli per impedire la *soppressione*, la *sostituzione* o la *supposizione* di parto (art. 236).

Il contenuto *morale* della patria potestà sta nel dovere dei figli, qualunque sia la loro età, di *onorare e rispettare i genitori* (art. 220). Il contenuto *giuridico* di essa attribuisce ai genitori i diritti seguenti:

1) Diritto di *educare, custodire* e *correggere* il figlio. Il genitore può educarlo nella *religione* che stimi migliore, e avviarlo a quel *mestiere o professione* che meglio gli aggrada: se non riesca a frenarne i traviamenti, può *in via di autorità* allontanarlo dalla famiglia, assegnandogli gli alimenti strettamente necessari: e *in via d' istanza*, ricorrendo cioè al Presidente del Tribunale, ottenere che venga collocato in un istituto

[1] V. in quanto alla famiglia reale la legge del 2 luglio 1890.

di *correzione* che valga ed emendarlo. Può del pari impedire, che il figlio senza sua licenza, si allontani dalla casa paterna, anche in caso di volontario arrolamento nell'esercito nazionale (art. 221, 222 Cod. civ. modif. dall'art. 111 testo unico sul reclutamento, mod. dalla L. 29 giugno 82).

2) Diritto di *rappresentare* i figli *nati* e *nascituri* in tutti gli atti civili, accettando, ad esempio, donazioni ed eredità, e stando in giudizio nel loro interesse sia come attore, sia come convenuto, anche per controversie eccedenti la semplice amministrazione.

3) Diritto di *amministrare* i beni dei figli nati e nascituri; di fare cioè tutti gli atti, che *occorrono per conservare i beni, migliorarli, renderli produttivi dei frutti naturali o civili, di cui sono suscettibili, mediante l'esazione e l'impiego delle rendite, da essi ricavate.* Per compiere atti di *disposizione* è necessaria all'incontro l'autorizzazione del Tribunale civile; il quale non la può concedere, che per motivi di *necessità* o *utilità evidente* del figlio: per la riscossione dei capitali, e per la vendita dei mobili, soggetti a facile deterioramento, e *che non rientrano nella categoria dei frutti,* basta l'autorizzazione del *Pretore,* a condizione di nuovo e sicuro *impiego* (art. 225). Sebbene il diritto di amministrazione, come ogni altro attributo della patria potestà sia di ordine pubblico, pure chi *istituisce erede un minore,* può nominargli un *curatore speciale* per la sola amministrazione dei beni, che gli trasmette.

4) Diritto di *usufrutto legale* sui beni pervenuti al figlio a *titolo lucrativo,* sino a che egli non sia divenuto maggiore o non venga emancipato. L'usufrutto legale non ha luogo sui beni lasciati o donati al figlio per imprendere una carriera, un'arte o una professione, o colla condizione, che il padre non ne abbia l'usufrutto; sui beni pervenuti al figlio per eredità, le-

gato o donazione, accettati contro il consenso del padre; o per eredità cui il figlio succede, per diritto di *rappresentazione* o *ragione propria,* se il genitore è stato dichiarato *indegno* (art. 728, 766); sui beni, acquistati dal figlio in occasione o per esercizio di milizia, uffici, impieghi, professioni ed arti, o altrimenti colla propria *industria separata* (*peculium castrense e quasi-castrense*) (art. 229). I pesi inerenti all' usufrutto legale sono: *a*) *le spese di mantenimento, d' istruzione e di educazione* del figlio. Notisi però, che quando anche il figlio non abbia *beni propri,* i genitori, per virtù del rapporto di filiazione, sono sempre obbligati a mantenerlo, educarlo e istruirlo: il padre e la madre vi sono obbligati egualmente, computati nel contributo della madre i frutti della dote: se i genitori non hanno mezzi sufficienti, tale obbligo pesa sugli ascendenti *prossimi* (art. 138); *b*) *il pagamento delle annualità o degl' interessi* che decorrono *dal giorno,* in cui si apre l' usufrutto, e *in proporzione* dei beni, di cui il genitore ha l' usufrutto, e di quelli, che ne sono esenti; *c*) tutti gli altri carichi, ai quali sono soggetti gli usufruttuari, ad esempio, quello delle riparazioni *ordinarie,* e dei tributi gravanti sui frutti (art. 230).

La patria potestà cessa in modo *assoluto* per la *morte dei genitori* e per la *morte* o la *maggiore età* del figlio: cessa in modo *relativo,* nel senso, che può ritornare al genitore, che l' ha perduta o passare all' altro, per *emancipazione* del figlio, per *condanna penale* dei genitori, per *assenza dichiarata.* L' assenza *presunta* e l' interdizione *giudiziale* non producono la cessazione della patria potestà; in tali casi non si apre un vero *stato di tutela,* ma si fa luogo alla nomina di un curatore o tutore *temporaneo* (art. 241, 47). Del pari per l' *abuso della patria potestà,* qualora il genitore ne trascuri i doveri, o amministri male le sostanze del figlio, non si

apre un vero stato di tutela: il Tribunale può soltanto nominare un *tutore* alla *persona*, o un *curatore* ai *beni* del figlio, privare il genitore in tutto o in parte dell' usufrutto legale, ed emanare gli altri provvedimenti opportuni, senza ledere il contenuto essenziale della patria potestà (art. 233). Pel passaggio del *padre* o della madre ad altre nozze cessa soltanto il diritto di *usufrutto*: il diritto di amministrazione rimane sempre al padre binubo; e può essere conservato anche alla madre per deliberazione del consiglio di famiglia (articoli 237, 238, 239).

Non ostante l'estinzione dell'usufrutto legale, il genitore, che ha *continuato* ad esigere le rendite del figlio, *coabitante con esso*, senza procura, ma senza opposizione; oppure con procura, ma senza condizione di rendere conto dei frutti, non è tenuto a restituire i *fructus consumpti*, ma soltanto gli *extantes* al tempo della domanda giudiziale (art. 234).

§ 23. — Del diritto agli alimenti.

Il diritto agli *alimenti* comprende il vitto, il vestito, l'abitazione e ogni altra cosa strettamente necessaria alla vita (*ad necessitatem*, non *ad utilitatem, nec ad voluptatem*). L'obbligo degli alimenti può essere *legale*, *testamentario* o *convenzionale*, secondochè sorge dalla *legge*, dal *testamento* o dal *contratto*: la distinzione è importante per molti *effetti* giuridici. La prestazione degli alimenti legali suppone il *bisogno* di chi li domanda; che egli cioè non sia in grado di procacciarsi di che vivere nè coi propri *beni*, nè col *lavoro*. L'ammontare degli alimenti si determina appunto in ragione del *bisogno* di chi li domanda, e delle *facoltà* di chi li deve prestare.

L'obbligo *reciproco* degli alimenti (*iura alimentorum sunt reciproca*) pesa sulle *persone* e nell'*ordine* seguente: 1) sul *coniuge*, sebbene *separato* giudizialmente per colpa di chi domanda gli alimenti; 2) sui *discendenti*, maschi o femmine, coniugati o celibi: anche l'*adottato* concorre alla prestazione degli alimenti all'adottante coi figli legittimi e naturali di lui (art. 211); 3) sugli *ascendenti*: l'*adottante* è tenuto a prestare gli alimenti al figlio adottivo prima dei genitori legittimi e naturali di lui. Fra più *ascendenti* o *discendenti* di *diverso grado*, l'ordine, secondo il quale sono obbligati a prestare gli alimenti, è determinato dalla massima: *ubi successionis emolumentum, ibi et onus alimentorum esse debet* (il prossimo esclude il remoto, art. 731; divisione per capi o stirpi, 733); 4) sul *genero* e sulla *nuora* (*loco filii vel filiæ*); 5) sul *suocero* e la *suocera* (*loco patris vel matris*): non vi è obbligo di alimenti fra il patrigno o la matrigna e il figliastro o la figliastra; 6) sui *fratelli* e le *sorelle*, quando il creditore degli alimenti non possa procacciarseli per un *difetto di corpo* o *di mente* o per qualsiasi causa *non imputabile a sua colpa* (art. 140, 141, 142).

Se più persone sono obbligate nel *medesimo grado* (ad esempio *i figli*) e sono tutte in condizione di prestare gli alimenti, esse son tenute *pro rata*, grazie alla *divisibilità* dell'obbligazione: tuttavia, in caso di urgenza (*venter non patitur dilationem*), l'autorità giudiziaria può mettere l'obbligazione degli alimenti *per intero* a carico di uno dei debitori, salvo il regresso contro gli altri (art. 145). Se *più* hanno diritto agli alimenti contro *un solo*, saranno preferiti *di regola* coloro, che prima sarebbero tenuti a prestargli gli alimenti alla loro volta. Il debitore degli alimenti ha facoltà di adempiere la sua obbligazione o mediante una pensione alimentaria, o col ricevere e mantenere nella propria casa

il creditore: salvochè l'autorità giudiziaria per considerazioni di convenienza e di equità stabilisca altrimenti.

L'*obbligazione* degli alimenti si *estingue definitivamente* colla *morte* del debitore o del creditore, poichè i vincoli del sangue e dell'affetto non si trasmettono agli eredi (art. 146); col *passaggio* della suocera o della nuora ad *altre nozze;* e colla *morte* del coniuge, da cui derivava l'affinità, dei figli nati dalla sua unione e dei loro discendenti (art. 140). L'obbligazione degli alimenti può *temporaneamente* cessare in *tutto* o in *parte* col venir meno o col diminuire del *bisogno* del creditore, o delle *facoltà* del debitore: onde in tema di alimenti non vi ha *giudicato,* di cui non si possa, per mutate circostanze, chieder la revoca.

Oltre il diritto agli *alimenti,* i figli, siano maschi, siano *femmine,* non hanno azione contro i genitori per obbligarli a far loro un *assegnamento* per causa di *matrimonio,* o per qualunque altro titolo (art. 147). Così il nostro Codice, confidando forse troppo nella pietà paterna, cui pure non si è ciecamente rimesso in quanto al consenso al matrimonio (art. 67), si è discostato dal diritto romano e da molte legislazioni precedenti; le quali almeno alla figlia concedevano contro il padre, e in sussidio contro l'avo paterno e la madre, l'azione *ad constituendam dotem.*

§ 24. — Della filiazione naturale.

Diconsi *naturali* i figli di persone, che al tempo del *concepimento* di essi non erano unite in matrimonio, o il cui matrimonio fu annullato con sentenza, che escluse la buona fede di *entrambe.* A differenza dei figli naturali nati da persone, al cui matrimonio ostava l'impedimento della parentela, *non suscettiva di dispensa*

regale (*incestuosi*), o il vincolo del precedente matrimonio (adulterini),[1] i figli *naturali semplici* possono essere *riconosciuti, legittimati,* e chiamati a *succedere* al genitore naturale (art. 180, 195, 767, 1053).

A) Il *riconoscimento* dei figli naturali semplici può essere *volontario* o *forzato,* secondochè risulti da una solenne confessione della paternità o maternità fatta dai genitori medesimi, oppure da una *dichiarazione giudiziale* del rapporto di filiazione naturale.

Il riconoscimento *volontario* è *actus legitimus* (tale cioè, che non può assoggettarsi a termini, nè a condizioni), *personale* e *irrevocabile:* e può essere fatto nell' atto di nascita, o con atto autentico *anteriore* o *posteriore* alla nascita; in *vita,* o anche dopo la *morte* del figlio. Poichè non è un mero contratto, il riconoscimento produce i suoi effetti anche senza l' *accettazione* del figlio. Però l' *atto* di riconoscimento può essere *inesistente* o *annullabile.* E, posto pure, che l' *atto* sia *valido,* il riconoscimento può essere impugnato dallo stesso genitore riconoscente *per errore di fatto;* e dal figlio e da chiunque vi abbia interesse, come contrario alla *verità,* e diretto ad attribuire al figlio uno stato, che non gli appartiene (art. 188). L' azione di nullità dell' *atto* di riconoscimento si prescrive in trenta anni; invece l' azione tendente a dimostrare *non vero* il riconoscimento, è imprescrittibile, come ogni altra azione di stato.

B) Le indagini sulla *paternità* di regola non sono ammesse nè *a favore,* nè *contro* del figlio: in via di eccezione si ammettono nei casi di *ratto* o *stupro* violento, se il tempo, in cui essi accaddero, risponde a

---

[1] In alcune legislazioni vennero agguagliati agli adulterini e incestuosi, i figli *nefarii,* di persone cioè legate da voti solenni o dagli ordini sacri; presso di noi, abolito l' *impedimentum voti et ordinis,* essi devono invece considerarsi come *figli naturali semplici.*

quello del concepimento[1] (art. 189). Non ostante il divieto delle indagini sulla paternità, la donna sedotta con promessa di matrimonio, in virtù del principio generale scritto nell'art. 1151, ha azione per ottenere il risarcimento dei danni *a lei* prodotti dal seduttore, pur non avendo riguardo alla *gravidanza* e al *parto*. — Le indagini sulla *maternità* di regola sono *ammesse*, e possono aver luogo anche mercè *testimoni*, purchè vi sia un *principio di prova scritta*, oppure presunzioni e indizi, abbastanza *gravi* per determinarne l'ammissione, e che per *documenti prodotti* o per *difetto d' impugnativa* siano già *certi* al tempo, in cui la prova viene domandata. Il figlio, che domanda la dichiarazione di *paternità*, deve provare il *parto* della madre e la sua *identità*. Chiunque vi abbia interesse può contraddire all' azione d'indagini sulla paternità o sulla maternità (art. 191).

Il genitore riconoscente, o dichiarato tale, è investito della *tutela legale*, che gli attribuisce, durante la minore età dei figli, diritti e doveri pressochè eguali alla *patria potestà*, salvo l'*usufrutto legale*, che è negato al genitore naturale. Il figlio naturale prende il cognome di famiglia del genitore riconoscente, o quello del padre, se è stato riconosciuto da entrambi i genitori. Il genitore è tenuto a mantenere, educare, istruire e avviare a una professione od arte il figlio naturale; e in mancanza di coniuge o discendenti, deve ancora prestargli gli alimenti, in caso di bisogno (art. 185, 186 e 187).

---

[1] Giuristi e sociologhi reclamano da molti anni che le indagini sulla paternità siano ammesse nei casi previsti dall'art. 193, di concubinato *more uxorio* fra i genitori, e di possesso dello stato di filiazione naturale. V. VITI in appendice alla traduzione italiana del Laurent, vol. VIII. GABBA, nell'*Annuario delle scienze giuridiche di Hoepli*, 1881. L'art. 187 del Cod. civ. è una violenta reazione contro la massima antica: *creditur virgini, dicenti se ab aliquo cognitam, et ex eo prægnantem esse: meretrici non idem.* Nella tornata del 21 gennaio 1892 e del 1° febbraio 1893 presentai alla Camera dei deputati un disegno di legge sull'argomento: ma non è stato discusso.

§ 25. — Della legittimazione.

La *legittimazione* è atto *legittimo* e *irrevocabile*, in virtù del quale un figlio naturale riconosciuto o dichiarato si finge nato da legittimo matrimonio, e acquista tutti i diritti e doveri dei figli legittimi. Sbandita la *legitimatio per oblationem curiæ*, il nostro Codice ha conservato soltanto quella per *subsequens matrimonium*, e l'altra per *rescriptum principis* (per decreto reale), sebbene combattuta da molti giuristi, per infondato timore di abusi della potestà regia. La legittimazione è ammessa così in favore del *figlio*, come dei *discendenti legittimi di lui*, perchè possano così concorrere all'eredità del loro avolo naturale (art. 196 e 748).

La legittimazione per susseguente matrimonio suppone il *matrimonio* valido o almeno *putativo* fra i genitori; e *contemporaneamente*, *anteriormente* o *dopo* di esso il *riconoscimento* o la *dichiarazione* giudiziale della filiazione naturale. Concorrendo queste due condizioni, la legittimazione ha luogo anche *contro* la volontà dei genitori e de' figli: essi potrebbero soltanto impugnare il riconoscimento, dalla *validità* e *verità* del quale dipende la legittimazione.

La legittimazione *per decreto reale* suppone: 1) che il genitore richiedente non abbia figli legittimi, nè legittimati per susseguente matrimonio, nè discendenti da essi; 2) che nel tempo in cui promuove la domanda di legittimazione egli si trovi nell'*impossibilità* di legittimare il figlio per susseguente matrimonio; 3) che, ove sia coniugato, consti del consenso dell'altro coniuge (art. 198). La legittimazione per decreto reale può aver luogo, anche quando il genitore sia morto, se in un atto pubblico o nel testamento egli abbia manifestato la volontà di

legittimare il figlio naturale, e al tempo della morte concorrano le condizioni scritte nei n. 1 e 2 (art. 199). La Corte di appello, in camera di consiglio, è chiamata a *decidere* intorno alla *legalità* della legittimazione; e in caso affermativo, il Consiglio di stato è chiamato a dare il suo *avviso* intorno alla *convenienza*, che il Re l'accordi (art. 200).

Per effetto della legittimazione il figlio naturale acquista tutti i diritti e i doveri del figlio legittimo. Però la legittimazione non ha effetto retroattivo al giorno del concepimento o della nascita (*dies legitimationis est dies conceptionis et partus*) (art. 197, 201).

§ 26. — Della filiazione incestuosa e adulterina.

Sebbene la filiazione *incestuosa* o *adulterina* non possa essere riconosciuta o dichiarata, nè *contro* nè a *favore* del figlio, nè in via di *azione*, nè in via di *eccezione*, essa può tuttavia risultare *indirettamente*: 1) da una sentenza *civile* di diniegata paternità o di contestazione della legittimità; 2) da una sentenza *penale* d'infanticidio tentato o mancato, di ratto o di stupro violento, seguito da gravidanza, di aborto procurato, da cui non sia seguita la morte del feto; 3) da un matrimonio dichiarato nullo per bigamia o per incesto e *non putativo*; 4) da un'*esplicita* dichiarazione *per iscritto* dei genitori: il semplice *possesso di stato*, quando anche si tratti del concubinato *more uxorio*, non basterebbe. Nei casi suddetti i figli incestuosi e adulterini, ed a maggior ragione i naturali *semplici*, hanno diritto agli *alimenti* contro il genitore e contro gli eredi di lui (art. 193, 2° com., 752 Cod. civ.): però non assumono il *cognome* di famiglia del genitore, non sono soggetti alla *tutela legale*; e, anche in *mancanza*

di eredi del sangue, tanto direttamente, quanto per interposta persona sono incapaci di ricevere per donazione, o per testamento, oltre i semplici alimenti (art. 763, 773, 1053, Cod. civ.).

§ 27. — Dell' adozione.[1]

L' adozione stabilisce fra due persone una *parentela civile*, che produce rapporti analoghi a quelli derivanti dalla *reale* paternità *legittima*. Oggidì ogni adozione è *minus plena*, poichè non toglie i vincoli *morali e giuridici* verso la famiglia naturale: essa è permessa così alle *donne*, che agli *uomini*, così ai *celibi*, come ai *maritati*, tanto ai *laici*, che alle persone legate da *voti solenni*. Si richiede però che l' *adottante:* 1) abbia compiuto cinquant' anni; altrimenti l' adozione lo distoglierebbe dal matrimonio; 2) che egli superi almeno di diciotto l' età dell' adottando (*adoptio imitatur naturam*); 3) che non abbia discendenti *legittimi* o *legittimati* al tempo, in cui viene prestato il consenso per l' adozione; 4) si possono adottare più persone *col medesimo atto*, ma sono vietate le *adozioni successive*; 5) l' adottante, *qualunque sia la sua età*, deve ottenere il consenso del padre, della madre e del coniuge vivente; 6) se era tutore dell' adottato, è necessario, che abbia reso il conto (*ne forte ideo eum adroget, ne rationes reddat*); 7) dee godere *buona reputazione*. D' altra parte è necessario, che l'*adottando:* 1) abbia compiuti diciotto anni; 2) non sia stato già adottato da altri, ammenochè l'adottante non sia il coniuge del genitore adottivo; 3) non sia figlio naturale semplice (cui può soccorrere la legittimazione), e tanto meno incestuoso o adulterino dell'adot-

[1] DE CRESCENZO, nell' *Enc. giur.* del Vallardi; FIORE, nel *Digesto ital.* V. *Adozione.*

tante; 4) *qualunque sia la sua età* deve al pari dell'adottante richiedere il consenso del padre, della madre e del coniuge vivente: in mancanza di genitori, se l'adottando è minore, deve ottenere l'approvazione del Consiglio di famiglia o di tutela (art. 202 a 212).

L'adozione si fa col consenso dell'adottante e dell'adottato, *personalmente* comparsi innanzi al Presidente della Corte di appello, assistito dal cancelliere e coll'intervento delle persone, il cui consenso è necessario. La parte più diligente fra dieci giorni presenterà copia autentica dell'atto di consenso alla Corte; la quale, prima d'impartire l'omologazione, verificherà se tutte le condizioni stabilite dalla legge siano state adempite, se l'adottante goda buona fama, se l'adozione convenga all'adottando (*an sit utilis*). La Corte, udite le conclusioni *orali* del Pubblico Ministero, omessa ogni formalità di procedura, e senza *motivazione*, decide colla formula: *si fa* o *non si fa luogo all'adozione* (art. 216). Prima che sia intervenuto il decreto della Corte, così l'adottante come l'adottato possono *revocare* il consenso prestato: ma, se l'adozione è ammessa, essa produrrà i suoi effetti *non dal giorno del decreto*, ma da quello *dell'atto di consenso* (art. 217). L'adozione omologata non si discioglie per *mutuo consenso*, come un mero contratto; nè può revocarsi per ingratitudine dell'adottato o per sopravvegnenza di figli legittimi dell'adottante.

Effetti PERSONALI *dell'adozione:* — *a*) l'adottato prende il cognome e i titoli gentilizi dell'adottante; *b*) l'adozione è d'impedimento al matrimonio (§ 14); *c*) il figlio adottivo deve rispettare e onorare l'adottante; *d*) gli adottanti debbon continuare, occorrendo, l'educazione dell'adottato.

Effetti PATRIMONIALI: — *a*) L'adottante e l'adottato hanno l'obbligo *reciproco* degli alimenti; *b*) l'adottato

ha sulla successione dell'adottante eguali diritti dei figli legittimi o legittimati: all'incontro l'adottante non ha alcun diritto sulla successione dell'adottato: gli è preferito finanche lo Stato (art. 736, 737, 210).

DELLA TUTELA E DELLA CURA.

§ 28. — **Nozioni generali.**

La *tutela* ha luogo *in favore* dei *minori legittimi* o *legittimati,* non soggetti alla patria potestà, degl'*interdetti* legali e giudiziali, dei *minori naturali,* non soggetti alla tutela legale, sebbene riconosciuti o dichiarati, e dei figli minori d'*ignoti genitori,* ammessi o non ammessi in un ospizio. La *cura* è stabilita nell'interesse dei *minori emancipati* e dei *maggiori inabilitati.* La *tutela* è data principalmente alla *persona,* e conferisce al tutore il diritto e il dovere di *prendere cura della persona che vi è soggetta,* di *rappresentarla negli atti civili e di amministrarne i beni* (art. 277): la *cura* invece è data soltanto per la retta gestione del patrimonio. Il tutore agisce oggidì non *auctoritatem interponendo,* ma da solo, senza l'intervento di chi è soggetto alla tutela: il curatore invece *assiste* l'incapace negli atti, che *eccedono* la semplice amministrazione. Entrambi gl'istituti si attengono al diritto pubblico (*munus publicum*), non derogabile per private convenzioni.

§ 29. — **Tutela dei minori legittimi e legittimati.**[1]

La *delatio tutelæ* ha luogo nei casi di cessazione della patria potestà (§ 22). La tutela può essere:

a) *testamentaria,* conferita cioè dal genitore *su-*

[1] Vedi in quanto alla tutela delle persone componenti la famiglia reale la legge del 2 luglio 1890.

perstite e nell' esercizio della patria potestà per atto notarile o per testamento: i genitori *naturali* e gli *adottivi,* poichè non esercitano sui figli la *patria potestà,* non possono nominar loro un tutore (art. 242, 243);

b) *legittima,* cioè deferita per legge, in *mancanza* di tutore testamentario, all' avo paterno e in difetto al materno (art. 244);

c) *dativa,* che, in mancanza di tutore testamentario e legittimo, vien conferita dal Consiglio di famiglia o di tutela (art. 245).

La tutela è *indivisibile;* e a cagione di tale *individuitas tutelæ* non vi possono essere *più tutori* della medesima persona, nè di *più fratelli,* che, in vita del genitore, sarebbero stati soggetti alla *stessa* patria potestà (art. 246).

Accanto al tutore sta il *protutore,* che *agisce* pel minore e lo *rappresenta* nei casi in cui l' interesse di lui sia *in opposizione* con quello del tutore: promuove la nomina di un nuovo tutore in caso di tutela vacante o abbandonata, e fa intanto tutti gli atti *conservativi* e anche gli *amministrativi,* che non ammettono dilazione (art. 266). La protutela è *testamentaria* e *dativa.* Il protutore cessa dall' ufficio colla nomina di un nuovo tutore: tuttavia il Consiglio di famiglia può riconfermarlo.

Per provvedere al retto esercizio della tutela è istituito inoltre il *Consiglio di famiglia,* cioè una magistratura domestica presieduta dal Pretore e permanente pel *tempo* (dura quanto la tutela), pel *luogo* (art. 249), e per le *persone* che la compongono. Il Consiglio di famiglia si compone di *quattro* consulenti, oltre il Pretore, il tutore e il protutore: il minore, che ha compiuto sedici anni, ha diritto di assistere alle sedute del Consiglio, ma senza voto deliberativo (art. 251). Sono *consulenti* di diritto, qualora non faccian parte del Consiglio

di famiglia in qualità di tutore o protutore, gli ascendenti *maschi* del minore, senza distinzione di linea paterna o materna, i fratelli *germani*, gli zii e i prozii; in ciascun ordine sono preferiti i prossimi e in parità di grado i più anziani. In mancanza delle suddette persone son chiamati a far parte del Consiglio i più prossimi parenti e affini del minore; quindi quattro persone che abbiano avuto relazioni abituali di amicizia col genitore; e mancando anche queste, due consiglieri comunali e due altre persone scelte dal Pretore (art. 253 e 261).

È *gratuito* l'ufficio del Pretore, del protutore, dei membri del Consiglio, del cancelliere, che redige e conserva i verbali delle deliberazioni, e *di regola* anche l'ufficio del tutore.

La convocazione del Consiglio può essere fatta *ex officio* dal Pretore, oppure ordinata dal Procuratore del Re sull'istanza del tutore, del protutore, di due consulenti o di altri, aventi legittimo interesse. Per la validità delle deliberazioni è necessario, che *tutti* i membri siano stati convocati con avviso per atto di usciere, e che intervengano tre, oltre il Pretore. Le tornate del Consiglio non sono pubbliche; esso decide a *maggioranza assoluta* di voti, cioè colla metà più di uno dei votanti.

§ 30. — Delle cause d'incapacità, esclusione e rimozione dall'ufficio di tutore, protutore e consulente.

Sono *incapaci* di esercitare uffici tutelari: 1) le donne, eccetto le ascendenti e le sorelle germane del minore, non maritate; 2) coloro, che non hanno la libera amministrazione del loro patrimonio, ad esempio, gl'interdetti e gl'inabilitati; 3) tutti coloro, che abbiano o siano

per avere, o dei quali il padre, la madre, i discendenti o il coniuge abbiano o siano per avere col minore una lite, che metta in pericolo lo *stato,* o una parte notevole delle sostanze di lui (art. 268).

Sono *esclusi* dagli uffici tutelari, e ne debbono essere *rimossi,* se li abbiano assunti: 1) i condannati a pena *criminale, qualunque* sia il titolo del reato; 2) i condannati alla pena del carcere (*correzionale*) per *furto, frode, falso* o *attentato ai buoni costumi;* 3) le persone di notoria cattiva condotta; 4) quelle *notoriamente* incapaci di amministrare, ad esempio, i prodighi non inabilitati, gl'imbecilli; 5) coloro che altre volte hanno data prova d'infedeltà o trascuratezza; 6) coloro che si sono resi colpevoli di *abusi di autorità* nell'esercizio della tutela; 7) i falliti *non* riabilitati (art. 269).

Le cause d'*incapacità* operano di *diritto:* le domande di *esclusione* o *rimozione* si propongono invece innanzi al Consiglio di famiglia: contro la deliberazione del Consiglio, quando anche sia presa all'*unanimità,* così gl'interessati, come il Procuratore del Re, possono interporre reclamo al Tribunale (art. 271).

§ 31. — Delle cause di dispensa dagli uffici di tutore e protutore (non di consulente).

Sebbene la tutela sia un *munus publicum,* vi ha legittime cause di dispensa *a suscipienda et a suscepta tutela,* e altre *a suscipienda, sed non a suscepta tutela.*

Sono dispensati *a suscipienda et a suscepta tutela:* le donne che possono essere tutrici; coloro che abbiano compiuto i sessantacinque anni, o che sono affetti da grave e permanente malattia (*morbus sonticus*); il padre di *cinque* figli viventi, computati quelli fra essi morti in battaglia o in tempo di pace, ma in *attività di servi-*

zio nell' esercito di terra o di mare; chi sia già incaricato di una *tutela;* i militari in attività di servizio; chi abbia missione dal Governo fuori del Regno (ambasciatori, legati), o per ragioni di pubblico servizio risieda fuori del territorio del Tribunale in cui è costituita la tutela; l' estraneo, il quale dimostri, che nel territorio del Tribunale in cui fu costituita la tutela, o in cui sia parte notevole delle sostanze del minore, risiedono parenti o affini di lui, capaci di esercitare la *tutela* o la *protutela* e non dispensati per causa legittima (art. 273, 274).

Sono dispensati *a suscipienda, sed non a suscepta tutela* i Principi della famiglia reale, salvochè si tratti della tutela di altri Principi della stessa famiglia, il Presidente del Senato e della Camera, i Ministri *segretari di Stato,* i Presidenti della Corte dei Conti, del Consiglio di Stato, delle Corti giudiziarie di appello e di cassazione e i Capi del Pubblico Ministero presso le Corti suddette; i Segretari e Direttori generali delle amministrazioni centrali del Regno e i Capi delle amministrazioni provinciali (art. 272).

Le domande di *dispensa* si propongono al Consiglio di famiglia (art. 275).

§ 32. — Esercizio della tutela.

1) Il tutore dee curare, che il pupillo sia educato e avviato a un' arte o ad una professione, secondo il voto del minore stesso e la deliberazione del Consiglio di famiglia, tenuto conto della condizione *economica* e *sociale* di lui (art. 278, 291). Il minore deve rispetto e obbedienza al tutore: per vincere la sua indisciplinatezza, il Consiglio di famiglia può provocare dal Tribunale il provvedimento di rinchiuderlo in un istituto di *correzione:* d' altra parte il Consiglio conoscerà delle

querele del minore contro il tutore, che abusi della sua autorità, o trascuri gli obblighi del suo ufficio (articoli 279, 280).

2) Il tutore, non *auctoritatem interponendo,* ma *da solo* in nome e luogo del minore, lo rappresenta in tutti gli atti civili e commerciali, giudiziali e stragiudiziali.

3) Nell'*amministrazione* del patrimonio bisogna distinguere gli atti *anteriori,* i *contemporanei* e i *posteriori* all'esercizio della tutela.

Atti anteriori. — Fra questi i principali sono la nomina del protutore, la rimozione dei suggelli (art. 281, Cod. civ.; 847, 857, 859, 861, 862, Proc. civ.), l'inventario dei beni mobili e immobili, che non ostante qualunque dispensa (art. 281) deve compiersi e depositarsi nella Pretura, previo giuramento di verità (*purgativo*) da prestarsi dal tutore e dal protutore (art. 282, 284); la prestazione della *cautio tutoria* (art. 292, 293, 294); la vendita dei *mobili* (art. 290, Cod. civ.; 816 a 824 Proc. civ.).

Atti contemporanei. — Il tutore può fare *da solo* tutti gli atti *non eccedenti la semplice amministrazione.* Per gli atti eccedenti la semplice amministrazione egli deve richiedere l'*autorizzazione* del Consiglio di famiglia (art. 296, 297). Deve oltre di essa, richiedere l'*omologazione* del Tribunale civile per procedere ad alienazioni di *mobili* o *immobili,* a costituzione di pegni o ipoteche, a mutui ipotecari o semplici, a transazioni, compromessi o rimessione di debiti, a divisioni mobiliari o immobiliari (art. 301), e per continuare l'esercizio di stabilimenti industriali, trovati nel patrimonio del minore; i quali di regola debbono essere invece liquidati e alienati (art. 299). È assolutamente vietato al tutore, non ostante qualunque *autorizzazione* ed *omologazione,* di comprare (art. 1457) e donare i beni del mi-

nore, salvo le donazioni manuali e rimuneratorie di uso (art. 1052): gli è vietato del pari di rendersi cessionario *a titolo oneroso* di ragioni o crediti contro il minore.

Gli atti compiuti senza l'osservanza delle regole suesposte sono viziati da nullità *relativa,* proponibile cioè soltanto dal tutore, dal minore e dai suoi eredi.

Durante l'esercizio della tutela, il tutore *che non sia l'avo paterno* o *materno,* deve, non ostante qualunque dispensa, presentare *ogni anno* gli stati sommari della sua amministrazione; i quali, dopo di essere stati esaminati da uno dei membri del Consiglio di famiglia, saranno depositati presso la Pretura (art. 303).

§ 33. — Fine della tutela.

La tutela cessa *ex parte tutoris* per morte, per incapacità sopravvenuta, per dispensa o rimozione dall'ufficio, per assenza, sia pure presunta, e per rinunzia accettata dal Consiglio di famiglia.

Ex parte minoris cessa per morte, per emancipazione espressa o tacita e per maggiore età di lui.

Il più importante dovere del tutore cessato è quello di rendere il conto *definitivo:* ogni tutore vi è obbligato, fosse anche l'avo paterno o materno, che per legge è dispensato dal presentare gli *stati annuali* (art. 302, 304). Prima della definitiva *approvazione* del conto, fra tutore e minore non corre prescrizione; il tutore è incapace di ricevere per testamento; e niuna convenzione a titolo *oneroso* o *gratuito,* che *direttamente* o *indirettamente* diminuisca le garentie del conto, può aver luogo fra l'ex-tutore e il minore fatto maggiore.

§ 34. — Tutela dei minori nati fuori matrimonio, ammessi o non ammessi in un ospizio.

Qualora cessi per qualsiasi causa la *tutela legale* del genitore riconoscente, o trattisi di figliuoli di genitori ignoti, non ricoverati in un ospizio, si costituisce un Consiglio *di tutela*. Se la filiazione è legalmente riconosciuta o dichiarata, il Consiglio *di tutela* si compone del Pretore e di quattro persone da lui scelte fra quelle, che abbiano avuto relazioni abituali di amicizia col genitore; se la filiazione è ignota, il Consiglio di tutela, si compone del Pretore, di due consiglieri comunali e di due altre persone scelte dal Pretore stesso (articoli 248, 261).

Il Consiglio di tutela nominerà *in ogni caso* il tutore *dativo;* poichè pei figli naturali non può esservi *tutela testamentaria,* mancando la *patria potestà,* nè *tutela legittima,* non avendo essi alcun rapporto cogli ascendenti legittimi del genitore naturale.

Pei minori naturali ammessi in un ospizio, il Consisiglio dell' ospizio funge come Consiglio di tutela. Però il Pretore *di regola* non interviene nelle sedute del Consiglio; nè è necessaria la nomina di un tutore; il Consiglio deciderà, se convenga delegare uno dei suoi membri per esercitare le funzioni tutelari (art. 262).

In generale sono applicabili a queste due forme della tutela pupillare le disposizioni relative alla tutela dei minori legittimi o legittimati.

§ 35. — Dell' emancipazione.

L' *emancipazione* non è, siccome sarebbe desiderabile, uno stadio intermedio fra l' assoluta incapacità dei

minori e la piena capacità dei maggiori; ma un provvedimento *individuale*, che libera il minore dalla *patria potestà* o dalla *tutela*, e gli conferisce il diritto di fare da solo gli atti, *che non eccedano la semplice amministrazione*. Essa può essere *espressa* o *tacita*. La *tacita* segue *ipso iure* pel fatto stesso del matrimonio valido o almeno putativo, *a qualunque età* sia contratto: lo scioglimento del matrimonio non toglie l'emancipazione. L'emancipazione *espressa* può farsi a favore del minore, *che abbia compiuto il diciottesimo anno*, dal genitore, *esercente la patria potestà*, mercè *dichiarazione* resa innanzi al Pretore, o dal Consiglio di famiglia con *deliberazione* apposita (art. 311). Pei minori naturali l'emancipazione può essere fatta dal genitore, che ne ha la *tutela legale*, e in mancanza dal Consiglio di tutela, oppure dal Consiglio dell'ospizio, che *in via di eccezione*, dev'essere presieduto dal Pretore (art. 312, 313).

La cura dell'emancipato è: 1) *legittima*, conferita cioè al genitore emancipante; e se emancipata è la donna per effetto del matrimonio, al marito di lei, oppure al curatore o al tutore del marito; 2) *dativa*, cioè conferita dal Consiglio di famiglia o di tutela (art. 314, 315). Non è ammessa la cura *testamentaria*.

L'emancipato, siccome abbiamo detto di sopra, può fare da solo gli atti *non eccedenti la semplice amministrazione*: coll'*assistenza* del curatore soltanto, può stare in giudizio, come attore o convenuto, e riscuotere capitali a condizione d'*idoneo rimpiego* (art. 318). Abbisogna, oltre dell'*assistenza* del curatore, anche dell'*autorizzazione* del Consiglio di famiglia o di tutela, per tutti gli altri atti *eccedenti la semplice amministrazione*: e deve ancora richiedere l'*omologazione* del Tribunale, in tutti i casi, nei quali essa è richiesta nella gestione della tutela (art. 319, 301). Però non vi è *assistenza, autorizzazione* o *omologazione*, che valga a

dare all' emancipato la facoltà di donare i suoi beni, salvochè si tratti di donazioni rimuneratorie e manuali di uso, o ricorra l' applicazione della massima: *habilis ad nuptias, habilis ad matrimonii consequentias* (articoli 1052, 1386).

La cura cessa *ex parte curatoris* per morte, per incapacità, rimozione o dispensa, secondo le regole già disaminate per la tutela: *ex parte minoris* cessa per interdizione pronunziata nell' ultimo anno della minore età di lui, colla revoca dell' emancipazione *espressa*,[1] colla maggiore età (art. 321).

§ 36. — Maggiore età.

Colla *maggiore età*, che si raggiunge a *ventun anno compito*, i minori, in cui favore sono stabiliti gl'istituti della patria potestà, della tutela e della cura, ne sono liberati; ed acquistano *ipso iure* la piena capacità di fare da soli tutti gli atti della vita civile, *tranne il matrimonio e l' adozione* (art. 323). Vi sono tuttavia infermità *mentali* e *somatiche*, e *abitudini di prodigalità*, che dimostrano l' incapacità dei maggiori di provvedere alle cose proprie: a tale incapacità la legge provvede coll' *interdizione* e coll' *inabilitazione*.

§ 37. — Dell' interdizione.

A differenza dell' interdizione *legale*, che è conseguenza di alcune condanne penali (§ 9, n. 1), l' interdizione *giudiziale* viene pronunziata dai Tribunali civili nell'interesse delle persone *abitualmente inferme di mente, e incapaci di provvedere alle cose proprie*. Perchè non manchi, neppure per un momento, di un' efficace pro-

---

[1] L' emancipazione tacita è irrevocabile.

tezione giuridica, oltre del maggiore e del minore emancipato, può essere interdetto e assoggettato quindi alla *tutela,* anche il minore *non emancipato,* durante l'ultimo anno della sua minore età (art. 324, 325, 329). L'interdizione può essere dimandata, senz'alcun ordine di preferenza da *qualsiasi congiunto,* dal *coniuge,* dal *Pubblico Ministero.* La procedura del giudizio d'interdizione si divide in due stadii: l'uno segue in Camera di consiglio, e comprende fra l'altro l'interrogatorio dell'interdicendo, dopo il quale il Tribunale può nominare un *curatore provvisionale;* l'altro segue in *via contenziosa* col procedimento *formale* (art. 327, Cod. civ.; 836, 840, 843, Proc. civ.). L'interdizione rispetto ai terzi produce i suoi effetti dal giorno della *pubblicazione* della sentenza; la quale, *quando sia passata in giudicato,* dev'essere affissa, onde abbia la maggiore pubblicità possibile, nelle sale pubbliche di aspetto di tutti i Tribunali del Regno (art. 328, Cod. civ.; 841, 844, Procedura civile).

La tutela degl'interdetti è: 1) *legittima,* se è deferita al *coniuge,* non separato legalmente, e *in mancanza* al padre o alla madre dell'interdetto; 2) *testamentaria,* se il genitore sopravvissuto, prevedendo il caso dell'interdizione, abbia per atto notarile o per testamento nominato un tutore al figlio; 3) *dativa,* se il tutore è nominato dal Consiglio di famiglia o di tutela (art. 330). Notisi però, che, a differenza della tutela dei *minori legittimi,* la tutela *legittima* degl'interdetti precede la *testamentaria.*

Gli atti *posteriori* alla nomina del *curatore provvisionale,* o alla sentenza d'interdizione sono *nulli di diritto,* esclusa come frustranea ogni dimostrazione di *lucidi intervalli.* Gli atti *anteriori, in vita dell'interdetto,* possono essere annullati, se la causa dell'interdizione sussisteva al tempo in cui furono compiuti, e l'altro

contraente conosceva l'infermità di mente. *Dopo la morte dell' interdetto,* gli atti a *titolo oneroso* da lui compiuti possono impugnarsi soltanto, se la domanda d'interdizione sia stata promossa prima della morte di lui, oppure la prova dell' infermità risulti dall' *atto stesso,* non *aliunde* (art. 336, 337, 763, n. 2 e 3, 1052).

Di regola la tutela degl' interdetti si esercita come quella de' minori: pure vi ha norme speciali negli articoli 333, 290, 331, 334, 147.

L'interdizione dev' essere *revocata,* tostochè venga a cessare la infermità, che vi ha dato luogo: la revoca può essere domandata da quelli stessi, che possono domandare l'interdizione (art. 338, Cod. civ.; 842, Proc. civ.).

§ 38. — Dell' inabilitazione.

L' *inabilitazione* è *legale* e *giudiziale.* La *legale* è istituita dalla legge stessa in favore del *sordomuto e del cieco dalla nascita,* i quali, giunti all' età maggiore sono inabilitati *di diritto;* ammenochè il Tribunale, in grazia dell' educazione ricevuta, non li dichiari abili a provvedere alle cose proprie (art. 340). La *giudiziale* è pronunziata dal Tribunale civile in favore dell' *infermo di mente,* il cui stato però non sia tale da dar luogo all' interdizione, e del *prodigo,* che sciupa il suo patrimonio.

L' inabilitato può fare da solo soltanto gli atti *non eccedenti la semplice amministrazione:* però a differenza dell' emancipato, egli può fare colla *sola assistenza* del curatore, senza *autorizzazione* del Consiglio di famiglia, nè *omologazione* del Tribunale, tutti gli atti di *disposizione,* eccetto le donazioni (art. 339, 1052, 1053, 1386); e mentre la cura dell' emancipato è *legittima* e *dativa,* quella dell' inabilitato è sempre *dativa.*

L' *inabilitazione legale* cessa col provvedimento del

Tribunale che dichiara l'inabilitato capace di provvedere alle cose proprie: la *giudiziale* cessa colla *revoca*, al pari dell'interdizione, tostochè è cessata l'infermità mentale, che vi ha dato luogo, o il prodigo ha dato prove di sicuro ravvedimento (art. 342).

§ 39. — Registri delle tutele dei minori e degl'interdetti, e delle cure degli emancipati e degli inabilitati.

Dal Codice austriaco l'italiano ha tolti i registri delle tutele e delle cure, nei quali si contiene tutta la storia di esse, onde gl'incapaci e i loro eredi e aventi causa possano misurare la responsabilità dei tutori e dei curatori. In ciascuna pretura sarà tenuto un registro delle tutele dei minori o degl'interdetti, e un altro delle cure degl'inabilitati ed emancipati: i registri saranno tenuti in *carta libera* e le registrazioni si eseguiranno *gratuitamente* (art. 343 a 349).

§ 40. — Degli atti dello stato civile.

Gli atti dello stato civile si riferiscono alle *nascite*, ai *matrimoni* e alle *morti*: si *iscrivono* inoltre o si *annotano* alcune caratteristiche giuridiche, che *modificano lo stato;* [1] ad esempio il *riconoscimento* dei figli naturali (art. 382), l'*adozione* (art. 219), il decreto reale di *legittimazione* (art. 200).

Gli atti dello stato civile si compiono innanzi al *Sindaco,* ufficiale dello Stato, o a un suo delegato secondo la legge comunale e provinciale (art. 96) e alla presenza di *due testimoni* residenti nel comune e mag-

---

[1] All'incontro non si annota, poichè non modifica lo stato, la sentenza di *separazione* fra coniugi.

giori di ventun anno, maschi o *femmine,* giusta la legge Morelli del 9 dicembre 1877. L'atto deve contenere tutte le dichiarazioni *pertinenti* fatte dalle parti (*dichiaranti*): e fa fede *fino a querela di falso,* come *atto pubblico,* di ciò, che l'ufficiale pubblico attesta avvenuto alla sua presenza, e che quindi conosce *de visu et auditu:* fino a *prova contraria* di ciò, che i dichiaranti affermano avvenuto fuori la presenza dell'ufficiale pubblico (art. 363).

I registri, in cui gli atti s'iscrivono, sono tenuti in *doppio originale,* e prima di essere messi in uso, *vidimati* in ciascun foglio e *numerati* dal Presidente del Tribunale civile o da un giudice delegato, a fine d'impedire soppressione o sostituzione di pagine.

Gli atti dello stato civile, *inesistenti o nulli* debbono essere *rettificati* per sentenza del magistrato (articoli 401-403). Le contravvenzioni alle disposizioni riguardanti lo stato civile sono punite dal Tribunale *civile* con pena pecuniaria da lire 10 a 200, salvo in ogni caso l'azione di rifacimento di danni verso le parti lese (articoli 404, 405).

DIRITTI REALI.

§ 41. — Nozione dei diritti patrimoniali (reali e personali).

Il diritto *reale* suppone una *cosa corporea, immediatamente* sottoposta al nostro volere; esso è tutelato da un' azione reale, esperibile *erga omnes,* poichè il violatore del diritto è ignoto, finchè la violazione non sia seguita.

Invece il diritto *personale* consiste nel rapporto *giuridico* di un subbietto (*creditor*) con un altro subbietto (*debitor*), il quale è obbligato a una prestazione, consistente nel *dare* o nel *facere,* oppure nel *non facere* (omissione): il diritto personale non può farsi valere, se non contro l'obbligato, che può essere il solo violatore del diritto, mediante un' azione *personale.*

Il *dominio* è il diritto reale per eccellenza. Dei *diritti reali sulle cose altrui* (*iura in re aliena*), alcuni hanno per obbietto il *godimento* della cosa, quali l'usufrutto, l' uso, l' abitazione, le servitù prediali, l' enfiteusi, la superficie, altri costituiscono soltanto la *garentia* di un diritto di credito, e, esercitati una volta, si estinguono, quali il pegno e l' ipoteca.

§ 42. — Distinzione dei beni.

Le *cose,* dette *beni,* in quanto servono alla soddisfazione dei nostri bisogni, si distinguono in

1) *commerciabili* e *incommerciabili,* incapaci cioè di formare obbietto di rapporti giuridici. L'incommerciabilità può derivare: *a*) dalla *natura della cosa,* se essa è incapace di particolare dominio e di uso inesauribile (*res communes*), ad esempio, l'aria, la luce; *b*) per *disposizioni di diritto positivo* sono fuori commercio (*demanio pubblico*) le strade nazionali, il lido del mare, i porti, i seni e le spiagge, le porte, le mura, le fosse e i bastioni delle piazze da guerra e delle fortezze (art. 427). Bisogna quindi distinguere i beni *patrimoniali* dai *demaniali* dello Stato; e i beni *patrimoniali* dei Comuni, da quelli di *uso pubblico,* dei quali i cittadìni godono *uti cives* (art. 432) e dai *demanii comunali,* dei quali godono *uti cives et uti singuli;*

2) *in patrimonium* o *extra patrimonium* (*res nullius*); le quali, *se sono commerciabili,* possono acquistarsi coll'*occupazione* (art. 711);

3) *estimabili* o *inestimabili* in denaro, donde la distinzione del danno *materiale* e del danno *morale* all'onore, alla libertà, all'amicizia ec.;

4) *consumabili* o *inconsumabili,* secondochè i *mobili* coll'uso si distruggono interamente o notevolmente (*usu consumuntur, minuuntur*), oppure, non ostante l'uso, possono essere usati di nuovo. Le cose consumabili non possono formare obbietto nè di usufrutto, nè di comodato (art. 1805); ma soltanto di quasi-usufrutto (art. 483) e di comodato *ad pompam seu ad ostentationem;*

5) *fungibili* (*rappresentabili*) o *non fungibili,* secondochè *per le abitudini invalse nel commercio comune,* si ha riguardo alle *caratteristiche individuali* (cavalli, quadri), o soltanto ai caratteri *comuni della specie* (*genus* nel linguaggio giuridico; esempio, chiodi, metallo grezzo, spille);

6) *divisibili* o *indivisibili.* Sotto l'aspetto delle

scienze naturali tutte le cose sono divisibili: sotto l'aspetto *giuridico* una cosa dicesi *realmente, fisicamente divisibile,* se può essere portata dallo stato di unità a quello di pluralità senza distruzione della sostanza (*sine interitu rei*) e senza considerevole diminuzione di valore (*sine damno*). Onde si è osservato, che dividere *un intero* non significa farne tante *parti,* ma *più interi* (*quod pro diviso nostrum sit id non partem, sed totum esse*): ciascuna deve riprodurre in minori proporzioni l'immagine dell'intero diviso. Gl'*immobili* sono di regola divisibili, se fondi, mediante un confine; se case, mediante una parete. I *mobili,* in cui la *forma* ha precipua importanza, e che dividendosi perderebbero gran parte del loro valore, sono indivisibili: sono divisibili invece quei mobili, nei quali ha importanza prevalente la *materia,* come il metallo grezzo, le stoffe, le legna ec.;

7) *mobili* o *immobili.* Questa distinzione è la sola, di cui il legislatore discorre partitamente negli art. 406 a 424, e la più importante pei suoi effetti. Infatti i mobili sono regolati dalla legge nazionale del proprietario, gl'immobili dalle *lex rei sitæ;* gli uni sono obbietto di *pegno,* gli altri d'*ipoteca;* l'esecuzione coattiva sugli uni si compie col *pignoramento,* sugli altri per via di *espropriazione;* fra più acquirenti del *medesimo* immobile dal *medesimo causam dans* è preferito chi prima ha operato la *trascrizione* (art. 1942), mentre fra più acquirenti della medesima cosa mobile, è preferito chi prima ne ha ottenuto la *tradizione* (art. 1126): soltanto la vendita degl'*immobili* può essere rescissa per lesione *ultra dimidium,* ec.

A) *Per loro natura,* senza alcun riguardo alla *destinazione* del proprietario (art. 420), sono mobili le cose che possono essere trasportate *de loco ad locum,* senza lederne la sostanza, nè la forma. Sono *immobili*

per loro natura le cose che non possono essere trasportate da luogo a luogo nè con lesione, nè senza lesione della loro forma. Tali sono i fondi, e con essi gli alberi e i frutti, che vi si trovano (finchè sono attaccati al fondo, e *senza riguardo al tempo della loro separazione*), le sorgenti, i serbatoi, i corsi d'acqua e i canali, che la deducono in edifici e in fondi lontani, le fabbriche, i mulini e altri edifizi fissi su pilastri o formanti parte di una fabbrica; ogni costruzione in generale, che sia infissa nel suolo, e vi aderisca fortemente per proprio peso.

B) *Per destinazione del proprietario* sono reputate immobili (*civiliter immobiles*), a cagione di un rapporto di *accessione* (parte o complemento necessario della cosa principale) o di *pertinenza* (*effettiva* destinazione della pertinenza di servire alla *cosa* principale *perpetui usus causa*) alcune cose per *loro natura* mobili.[1] In generale sono beni immobili per destinazione le cose che il proprietario (o altri, che abbia un godimento *non precario*) di *un fondo* vi ha posto per il *servizio* e la *coltivazione* del medesimo (art. 413); quelle *annesse* a un fondo o a un edificio per rimanervi *stabilmente* (*ad instruendam aut ad integrandam domum, non ad voluptatem domini*) (art. 414); le cose mobili, che siano parte o complemento necessario di *altra cosa immobile*, di cui seguono il destino giuridico pel principio: *accessorium sequitur suum principale.* Tale *finzione* fu introdotta dapprima nel diritto germanico e quindi in molti codici moderni, per assoggettare le accessioni e le pertinenze di cose immobili, in alcuni casi e rapporti giuridici, alle stesse norme regolatrici degl'immobili; e di sottrarle, separatamente dalla cosa principale, alle azioni dei creditori o di porvi ostacolo (art. 585 n. 5,

[1] V. GIANTURCO, *Istituzioni* (Sistema) *di diritto civile*, § 38.

586 n. 1 e 587 Proc. civ.), per l'incremento dell'*agricoltura* e dell'*industria*.

C) *Immobili per l'oggetto cui si riferiscono, e mobili per determinazione della legge* sono i diritti, il cui *obbietto finale* (utilità e contenuto giuridico) è immobile o mobile: *mobilis res est, quæ tendit ad quid mobile, immobilis res est, quæ tendit ad quid immobile:* così l'azione di revindica è mobiliare o immobiliare, secondochè sia mobile o immobile la cosa da revindicare (art. 415, 418).

Vi è una terminologia legale, secondo cui devono intendersi, ove non si opponga la volontà espressa o tacita delle parti o del legislatore, le espressioni *beni mobili, effetti mobili, sostanza mobile* (art. 421), *mobili* (art. 422), *mobilia, mobiliare* (art. 423), *casa mobiliata* (art. 424).

§ 43. — Del possesso.

Il possesso è *un fatto corrispondente ai diritti reali capaci di continuato esercizio.* Da siffatta definizione discendono le seguenti conseguenze:

1) Il potere affatto *materiale* del possessore è indipendente dal *diritto,* che egli abbia o no sulla cosa: il *ius possessionis* (diritto *del* possesso) può trovarsi scompagnato dal *ius possidendi* (diritto *al* possesso): anzi è canone fondamentale, che in giudizio possessorio è affatto inammissibile ogni deduzione circa la sussistenza o insussistenza del diritto corrispondente al fatto del possesso: questo produce effetti di *per sè solo,* e l'esame del *titolo* deve limitarsi (*delibazione, fumus boni iuris*) a ricercare, se il possesso abbia i requisiti necessari per la sua protezione giuridica (art. 444 e 445 Proc. civ.);

2) Sono incapaci di possesso i diritti che non

hanno per obbietto cose *corporali*, o sono insuscettibili di esercizio *continuato*; ad esempio, i diritti di famiglia, di obbligazione, d' ipoteca;

3) Quando il possessore non abbia l' intenzione di esercitare sulla cosa un diritto reale, il suo possesso non è *giuridico*, ma semplicemente *naturale* (*detenzione*): poichè il possesso *giuridico* suppone due requisiti: l' *animus rem sibi habendi* (*intenzione di aver la cosa, come propria*, secondo l' inesatta espressione dell' art. 686) o personalmente o per mezzo di rappresentanti, e il *corpus* (cosa corporale), sul quale il potere di fatti si comincia ad esercitare, mediante l' *adprehensio*, e si *continua* ad esercitare, finchè non cessi la *coscienza* di poter possedere la cosa (*possesso continuo*). Tuttavia è ammesso anche il possesso di diritti *reali incorporali*; ad esempio, il *quasi-possesso* delle servitù.

Più ragioni concorrono a giustificare la difesa giuridica del possesso mediante apposite azioni; precipua quella, che lo Stato non può tollerare una perturbazione nello stato di fatto, finchè non si dimostri un diritto *poziore* in giudizio *petitorio*. Contro il possessore che non abbia diritto a continuare a godere la cosa, non si può adoperare la violenza, ma si deve ricorrere al magistrato.[1]

§ 44. — Specie, garentie ed effetti del possesso.

Il nostro Codice distingue *tre* specie di possesso:

Possesso naturale o *detenzione*. Il detentore: 1) *convenuto* nel giudizio di revindicazione è esonerato dal carico della prova; in suo favore sta la massima: *possideo, quia possideo*; 2) se egli è spogliato *clandesti-*

[1] Savigny, *Das Recht des Besitzes*, ed. dal Rudorff.

namente o *violentemente* del possesso di una cosa *mobile* o *immobile*, ha diritto, *entro l'anno dal sofferto spoglio*, di essere *reintegrato* nel possesso contro qualunque persona, fosse anche il proprietario delle cose, di cui si è patito lo spoglio (*reintegranda, actio spolii*). La reintegrazione deve ordinarsi dal giudice, premessa la citazione dell'altra parte, senza dilazione e colla maggiore celerità di procedura (*spoliatus ante omnia restituendus:* art. 695, 696).

POSSESSO LEGITTIMO *o giuridico*, cioè *continuo, non interrotto*, nè naturalmente, nè civilmente (art. 2125, 2128), *pacifico* (*nec vi*), *publico* (*nec clam*), non equivoco e coll'animo di tener la cosa come propria (*nec precario*).

A) Il possesso legittimo (*ad interdicta*) è garentito dall'azione di *manutenzione*, la quale ha per fine di far cessare le *molestie* di fatto e di diritto, onde viene mutato il precedente stato di possesso, e affacciata una pretesa contraria al medesimo. L'azione di manutenzione compete al possessore *oltre annale*, che venga turbato nel legittimo possesso di *un immobile*, di *un diritto reale sopra immobili* o di *un' universalità iuris*, ad esempio l'eredità; non *facti* come una gregge, una biblioteca di cose mobili. Pei mobili singoli, è possibile lo *spoglio*, non la *turbativa;* siccome pei diritti reali è possibile la *turbativa* e non lo *spoglio*. L'azione di manutenzione, al pari della reintegranda, deve sperimentarsi *entro l'anno* dal giorno, in cui si verificò il fatto che costituisce la turbativa; pure fra le due azioni corrono le seguenti differenze notevolissime: 1) l'*actio spolii* è garentia di *qualunque* possesso, mentre l'azione di manutenzione è data soltanto al possessore *legittimo;* 2) questa non può sperimentarsi che dal possessore *oltre annale*, mentre quella è data anche a chi possiede da pochissimo tempo; 3) l'azione di manutenzione ha per

fine di *mantenere* l'attore nel possesso *turbato*, l'altra di far *riacquistare* il possesso *perduto*.

B) Il possesso legittimo (*ad usucapionem*) vale, quando sia continuato per *trent'anni*, a far acquistare la proprietà o il diritto reale corrispondente. L'usucapione (*prescrizione acquisitiva* [1]) si compie senza bisogno di *titolo*, nè di *buona fede*, se il possesso non è stato *interrotto*, nè *sospeso* per trent'anni. Tutte le cose, di cui si può avere il possesso *legittimo*, compresi i beni *patrimoniali* dello Stato e di tutti i corpi morali, possono essere acquistate coll'usucapione (articoli 2114, 2135): l'usucapione si contiene nei limiti del possesso, giusta la massima: *tantum præscriptum, quantum possessum*.

POSSESSO DI BUONA FEDE dicesi quello di chi possiede, come proprietario o avente un diritto reale, in forza di un *giusto titolo*, *abile* a trasferire il dominio o a costituire il diritto reale (*pro emptore, pro donato, pro legato*, ec.: non basta il titolo *putativo*) e di cui *ignorava* i vizi (art. 701): tale è, ad esempio, chi in buona fede

---

[1] La prescrizione *acquisitiva* differisce per più rispetti dall'*estintiva*: 1) questa è un *modo di estinzione* dei diritti, quella un *modo di acquisto*; 2) la prima estingue ogni specie di diritti, *reali* e *personali*; per virtù dell'altra si possono acquistare *soltanto* la proprietà e i diritti reali, non mai diritti di credito; 3) la prescrizione estintiva suppone l'inerzia da parte di chi ha il diritto, l'acquisitiva abbisogna e dell'*inerzia* da parte dell'avente diritto, e del *possesso legittimo* continuato per trent'anni da parte di chi vuole acquistare la proprietà o un diritto reale; 4) la prescrizione *estintiva* dà origine a una eccezione diretta a respingere l'azione non esercitata, l'usucapione dà origine *inoltre* a un'azione *rivendicatoria* o *confessoria*, con cui il possessore può fare valere contro i terzi in via di *azione* il suo diritto reale sulla cosa. Tuttavia le norme relative al computo del tempo, alle cause d'interruzione e di sospensione, e alla proponibilità della prescrizione sono comuni così all'estintiva, come all'acquisitiva (articoli 2107, 2108 e segg., 2119, 2123 e segg.). V. GIANTURCO, *Istituzioni* (Sistema), § 71.

abbia comprato a *non domino*. La buona fede consiste nel reputare erroneamente, che il trasmittente abbia potuto disporre del diritto (*lato positivo*): essa è richiesta solo al momento dell'acquisto (*mala fides superveniens non nocet*); e sino a prova contraria si presume (art. 701, 702).

1) Se alla *buona fede* e al *giusto titolo* si aggiunge la *trascrizione* del titolo, l'usucapione si compie in soli *dieci anni* dalla data della trascrizione (art. 2137).

2) Il possessore di buona fede fa suoi i frutti percepiti (*extantes o consumpti*), e non è tenuto a restituire se non quelli che gli siano *pervenuti* dopo la domanda giudiziale di revindicazione (art. 703); mentre il possessore di *mala fede* è tenuto a restituire tutti i frutti percepiti; anche i *percipiendi*, se dolosamente ha trascurato la coltura del fondo.

3) Così il possessore di buona fede, come il possessore di mala fede hanno diritto a indennità pei *miglioramenti* fatti sulla cosa nella somma minore fra lo speso e il migliorato, purchè i miglioramenti siano tuttora sussistenti al tempo della domanda di revindicazione.[1] Però al *solo* possessore di buona fede spetta il *diritto di ritenzione* (*ius retentionis*), purchè i miglioramenti siano domandati nel corso del giudizio di revindicazione, in cui dev' essere pure fornita qualche prova della sussistenza *in genere* dei medesimi[2] (art. 704, 705, 706).

---

[1] Se il possessore ha speso 100 e migliorato per 200, ha diritto a un'indennità di 100 soltanto: se ha speso 200 e migliorato 100, ha diritto a 100, valore delle migliorie: *actio de in rem verso*, azione d'indebito arricchimento, per la quale vale il principio: *non est versum, si non durat versum.*

[2] GUARRACINO, *Il diritto di ritenzione.* Napoli, 1884.

§ 45. — Conservazione, trasmissione e perdita del possesso.

Il possesso si può conservare *animo tantum*, se altri come possessore *precario* (conduttore, depositario ec.) detiene il *corpus* in nome del possessore *giuridico*. Il possessore *precario* non può mutare da solo il titolo e la causa del suo possesso: anzi si presume che chi ha cominciato a possedere in nome altrui, abbia continuato a possedere allo stesso titolo, ammenochè non provi l'*interversio possessionis*.

Questa ha luogo: 1) quando il possessore precario compia atti *positivi* tali, che neghino *formalmente* il diritto del possessore giuridico; 2) quando il titolo del possesso si muti per causa proveniente da un terzo, come se il possessore precario acquisti dal terzo la proprietà o un diritto reale sulla cosa; 3) quando il possessore precario per effetto di atti traslativi di proprietà o costitutivi di diritti reali trasmetta la detenzione ad altri, che lo reputino possessore *nomine proprio* (art. 687, 2116, 2117, 2118).

Se il possesso non è *originario*, ma *derivativo*, può aver luogo l'*accessio temporis, seu possessionis*, facoltativa (*unione* dei due possessi) o obbligatoria (*continuazione*); mercè la quale il *successore* può invocare la protezione possessoria o l'usucapione, che il solo possesso tenuto da lui non potrebbe dargli, poichè non è durato per tutto il tempo stabilito dalla legge. L'*accessio temporis* presuppone che i due possessi non siano stati *interrotti* nè *naturalmente* nè *civilmente*, e che si siano esercitati sulla *medesima cosa*, col fine di far valere il *medesimo* diritto reale. In favore del successore *a titolo particolare* (*in rem singularem*) l'*accessio temporis* è *facoltativa*, onde col ripudiare il possesso vizioso del

suo autore, egli può porsi nella *conditio usucapiendi:* invece rispetto al successore *a titolo universale* (rappresentanza della personalità del defunto per eredità), l'*accessio* è *obbligatoria, di diritto;* onde il possesso conserva presso il successore i vizi di origine (art. 693).

Il possesso si perde per mancanza del *corpus,* se per *fatto proprio* il possessore trasferisca ad altri la cosa posseduta; *per fatto di un terzo,* che scacci il possessore e si mantenga nel possesso per più di un anno (*interruzione naturale*); oppure per *impossibilità fisica o giuridica,* che renda *assolutamente* impossibile di esercitare sulla cosa atti di possesso. Si perde inoltre per mancanza dell'*animus rem sibi habendi,* per dichiarazione *espressa* del possessore; o *tacitamente* per fatti, che siano incompatibili colla volontà di possedere.

§ 46. — Della proprietà. — Limitazioni legali del diritto di proprietà. — Condominio.

Il diritto di proprietà consiste nell'impero *assoluto* ed *esclusivo* sopra la *sostanza* di una determinata *parte del mondo esteriore.*[1] In virtù dell'*assolutezza* il proprietario può usare e abusare della cosa propria, finchè la sua volontà non trovi un limite nelle leggi, ogni dì più restrittive del classico dominio assoluto: in virtù dell'*esclusività* egli ha diritto di respingere chiunque volesse partecipare al godimento della cosa, specie avvalendosi della facoltà di chiudere il proprio fondo (articoli 442, 436). Pur notando l'esagerazione del brocardico: *dominus soli est dominus cœli et inferorum,* anche

[1] Secondo la surriferita definizione, non costituiscono veri e propri diritti di proprietà, la proprietà letteraria (L. 19 sett. 1882) e l'*industriale* (L. del 30 agosto 1865), le quali non hanno per *obbietto immediato cose corporali* (art. 437, Codice civile).

oggidì il proprietario del suolo è del pari proprietario dell'aria soprastante e del sottosuolo, fin dove è *possibile* esercitare utilmente la propria attività, salve le disposizioni delle leggi sulle miniere (art. 447).

Fra le *limitazioni al diritto di proprietà,* cui accennavamo più sopra, alcune sono imposte per ragioni di *utilità pubblica,* ad esempio, l'obbligo di lasciare il *marciapiedi* lungo le rive dei fiumi e canali navigabili; altre per *utilità privata,* cioè per utilità *comune* dei fondi vicini (art. 534, Legge 20 marzo 1865, sulle opere pubbliche; Legge comunale e provinciale 20 marzo 65 e relativi regolamenti). Fra tali limitazioni all'*assolutezza* o all'*esclusività* del dominio, ispirate tutte dal concetto della *socialità,* le più notevoli sono: 1) il diritto di *espropriazione a causa di utilità pubblica,* mediante il pagamento di una giusta *indennità* (art. 438, Cod. civ.; Legge 25 giugno 1865; Legge 18 dicembre 1879; 2) il divieto fatto al proprietario di un muro *non comune,* contiguo al fondo altrui, di aprirvi *luci o finestre senza inferriate e invetriate fisse;* altrimenti egli potrebbe spiare i fatti del vicino e cagionargli incomodo col getto delle immondizie o in altre guise (art. 584, 585 e segg.); 3) l'obbligo del proprietario della sorgente di non divertirne le acque per mero atto *ad æmulationem* (art. 545); 4) *i rapporti di vicinanza,* per ragione dei quali è stabilita la *comunione forzosa dei muri* a fin d'impedire un inutile sciupo di capitali; o fatto obbligo di costruire a determinate distanze dal confine, secondo la qualità dell'opera, perchè fra l'uno e l'altro edificio vi sia aria e luce sufficiente, e sia rimosso il pericolo di facili aggressioni (art. 570, 571 e segg.): è stabilita una certa distanza per le *piantagioni,* secondo la qualità delle piante, perchè esse non assorbiscano colle radici i succhi nutritivi del fondo altrui, nè lo danneggino coll'ombra dei rami (art. 579, 580).

Più persone possono per parti intellettuali (*pro indiviso*) avere la proprietà della stessa cosa (*compro-*

prietà, condominio, comunione);[1] il condominio *in solidum*, al pari della *compossessio in solidum*, è giuridicamente affatto impossibile. Le quote dei condomini, e con esse gli oneri e i vantaggi della comunione, si presumono eguali sino a prova contraria (art. 674). Il diritto del condomino *est totum in toto et in qualibet parte*: egli può liberamente alienare e ipotecare *la sua quota ideale*; ma gli effetti dell' alienazione e dell' ipoteca si limitano alla parte che spetterà al condomino nella divisione, la quale nel diritto italiano è *dichiarativa*, non *traslativa* di diritti, quale era nel diritto romano (art. 679).[2] Ciascun partecipante può, senza ledere il godimento dei condomini, servirsi della cosa comune: ma non può senza il consenso degli altri fare *innovazioni*, ancorchè le pretenda vantaggiose a tutti (*ius potior prohibentis: melior est conditio prohibentis*) (art. 677). Per l' amministrazione della cosa comune prevale il voto della *maggioranza degl' interessi*,[3] salvo il ricorso all' autorità giudiziaria (art. 678). Ciascun condomino è obbligato a contribuire alle spese *necessarie* alla *conservazione* della cosa, sebbene siano state fatte senza il suo assenso; può tuttavia liberarsi da tale obbligo coll' *abbandono* dei suoi diritti di comproprietà (art. 676). Alle spese *utili* o *voluttuarie*, fatte senza il suo consenso, il condomino non è obbligato a contribuire, se non fino alla concorrenza dell' arricchimento. — Può sempre essere domandato lo scioglimento della comunione con l' *actio communi dividundo* pel

---

[1] L. 5, Dig. 43, 3: « Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus, utique indivisis, ut intellectu magis partis habeant, quam corpore. » V. VITA-LEVI, *Della comunione*.

[2] MIRABELLI G., *Dell'alienazione della cosa comune*. Napoli, 1886.

[3] Onde l' opinione di chi possiede i due terzi della cosa comune prevale al voto di cento altri (*maggioranza numerica*), che posseggano il terzo rimanente.

principio: *in communione nemo compellitur invitus detineri* (Legge 29, Dig. 10, 3). È nullo il patto di rimanere perpetuamente o indefinitamente in comunione: *communio est mater discordiarum*: tuttavia è valido il patto di restare in comunione per un tempo non maggiore di *dieci* anni; e valido del pari il divieto di dividere l'eredità, finchè non sia trascorso un anno dalla maggiore età dell'ultimo erede minore; salvo in entrambi i casi all'autorità giudiziaria la facoltà di dispensare dal patto e dal divieto testamentario per gravi e urgenti circostanze (art. 681, 984). — Lo scioglimento della comunione non si può domandare, se essa abbia per obbietto cose le quali, dividendosi, cesserebbero di servire all'uso, cui sono destinate; ad esempio, i muri, i tetti, i cortili, le porte, i fossi e le siepi comuni.[1] Anche in questo caso però i diritti e gli obblighi dei condomini sono regolati dei principii generali della *communio pro indiviso*. Quando i diversi piani di una casa appartengono a più proprietari, ciascuno di essi è proprietario assoluto ed esclusivo del proprio piano, e comproprietario (*pro indiviso*) dei muri *maestri*, dei *tetti*, degli *anditi*, delle *porte*, dei *pozzi*, delle *cisterne*, dei *cortili*, alla ricostruzione e riparazione dei quali concorre in proporzione del valore del proprio piano (in istato *grezzo*). È comproprietario del pari delle *latrine*, che contribuisce a riparare secondo il numero delle aperture d'immissione; e delle *scale*, che servono per giungere al proprio piano, restando quelle dei piani superiori a carico dei soprastanti. Il proprietario di ciascun

---

[1] A proposito dei muri, dei fossi e delle siepi, sono stabilite alcune *presunzioni di comunione*, in ragione del fine comune cui servono, del *piovente* (piano inclinato, secondo cui scendono le acque), degli *sporti* ec. (art. 546, 547, 565, 568, 569). In tale materia il principio fondamentale è, che si presuma fatto a spese *comuni* e sia *comune* ciò che torna di vantaggio o danno *comune*.

piano fa e mantiene il pavimento (*mattoni e assicelle, non le travi di sostegno*), su cui cammina, le volte, i solai e i soffitti, che coprono i luoghi di sua proprietà (art. 562).

Una *comunione* affatto speciale, introdottasi per consuetudine, è il *compascolo*, per cui, ciascun proprietario di fondi ha diritto *sectis segetibus* d'immettere i propri animali a pascolare nei fondi altrui, *tollerando* a sua volta, che gli animali degli altri proprietàri comunisti pascolino sul proprio.[1] Neanche pel compascolo è fatta eccezione al principio: *nemo compellitur in communione invitus detineri:* il *recesso* potrà essere proibito solo per un grave ed evidente motivo di *utilità generale del Comune*, in cui sono situati i terreni. Il compascolo si scioglie anche senza la *materiale chiusura* dei fondi: basta la *denunzia* notificata *un anno prima* all'amministrazione comunale, e pubblicata nel luogo degli affissi del Comune (art. 682).

§ 47. — Modi di acquisto della proprietà.

Dei modi di acquisto a *titolo singolare*, alcuni sono *originari*, in quanto il diritto si acquista senza l'opera di alcun trasmittente; altri *derivativi*, cioè per effetto di *trasmissione* da un *causam dans* a un *causam ha-*

[1] Sono notevolissime le differenze fra il *compascolo* e l'*uso civico di pascolo:* 1) questo spettava solo sui *demani* universali, feudali o ecclesiastici, mentre il compascolo si esercitava anche su terre private (*allodiali*); 2) l'*uso civico* nasceva dal *condominio originario*, o da *riserva* del concedente in favore delle popolazioni, il *compascolo* dal *tacito* consenso dei proprietari; 3) tutti i *cittadini* godevano l'uso civico, *uti singuli et uti cives*, mentre i *comunisti soli* godevano il compascolo, *uti singuli;* 4) in compenso degli usi civici i comuni ebbero una parte delle terre demaniali, su cui si esercitavano; mentre il compascolo si abolì senza *compenso*, non rivestendo carattere di *servitù*, ma di mera tolleranza e precarietà.

bens o *successor*. Lasciando al diritto delle *successioni* il compito di esporre la dottrina dei modi di acquisto *a titolo universale*, e al diritto delle *obbligazioni* quello dei modi *derivati*, qui accade di esporre i modi di acquisto *originari*, che sono i seguenti.

OCCUPAZIONE, la quale presuppone: 1) che la cosa non sia nel patrimonio di alcuno (*res nullius*), sia perchè non abbia mai appartenuto ad alcuno, sia perchè l'antico proprietario l'abbia abbandonata (*res derelicta, animo derelinquendi*); 2) che sia in commercio; 3) che coll'*intenzione* di acquistarne la proprietà, se ne acquisti con *fatti idonei* anche il possesso.[1] — Possono essere acquistati coll'occupazione: gli animali *selvatici*, che formano obbietto di *caccia*, con armi (*venatio*) e con reti (*aucupium*), sebbene siano stati feriti o presi in fondi privati; salvo il diritto ai danni in favore del proprietario del fondo: *solus ingressus est prohibitus, non captura* (art. 712, Cod. civ.; art. 687, n. 2, Cod. pen.). La proprietà dell'animale si acquista o coll'*adprehensio*, o pel fatto, che esso sia mortalmente ferito e inseguito dal cacciatore: onde ad altri non sarebbe lecito appropriarsi l'animale, fuorchè quando il cacciatore avesse cessato d'inseguirlo. Del pari l'animale preso colla tagliuola s'intende acquistato allora soltanto, che è illaqueato in modo da riuscirgli affatto impossibile di distrigarsi.[2] — Le api possono formare obbietto di occupazione, finchè non siano raccolte in

---

[1] Lo scopritore di un continente ignoto non ne divieue *proprietario*, nè *sovrano* in virtù della sola intenzione: occorrono atti efficaci di possesso e di sovranità: questa è la sola dottrina conforme al diritto pubblico e privato vigente.

[2] « In laqueum quem venandi causa posueras, aper incidit: cum eo hæseret, exceptum eum abstuli: num tibi videor tuum aprum abstulisse? Videamus.... utrum in eo (laqueo) ita hæserit aper, ut expedire se non possit ipse; an diu luctando expediturus se fuerit. » (L. 55, Dig. 41, 1.) Vedi LANDUCCI v. CACCIA, nell'*Enc. giur.* del Vallardi.

isciami, e non abbiano preso stanza in un fondo: se trasmigrino in altro fondo, il primo proprietario ha tuttavia il diritto d'inseguirle: soltanto quando egli non le abbia inseguite o abbia cessato durante due giorni d'inseguirle, altri può acquistarle per occupazione (art. 713). Gli animali *mansuefacti ex consuetudine abire et redire solent;* chi se li appropria, prima che abbiano perduta la *consuetudinem revertendi,* commette furto, e chi li uccide commette reato (art. 675, 676, 677, Cod. pen.). Il proprietario ha il diritto di reclamarli *entro venti giorni;* dopo i quali si reputa, che essi abbiano perduta la *consuetudinem revertendi:* [1] ma ogni reclamo è inammissibile, se senz'arte o frode i pesci, i colombi, i conigli siano passati d'una in altra peschiera, colombaia o conigliera, e ne siano diventati *accessione* (art. 713, 462). — Gli animali *mansueti* non possono formare obbietto di occupazione, finchè non diventino *res nullius* per effetto della *derelictio.* — Non possono neppure essere acquistate per occupazione (*inventio*) le cose smarrite (*vacuæ possessionis,* non *proprietatis*), finchè il proprietario conservi l'*animus recuperandi.* Il ritrovatore deve consegnare la cosa smarrita al proprietario, e se non lo conosce al Sindaco del luogo (art. 715, 716, 717, Cod. civ.; 634, Cod. pen.): ha diritto, se abbia osservate le prescrizioni di legge relative, al *premio* del *decimo,* e se ecceda le *duemila* lire, al *vigesimo* sul soprappiù. Del pari non si possono acquistare per diritto d'invenzione le cose *gettate in mare,* per salvarsi da un pericolo: il diritto di *nau-*

---

[1] « In his animalibus, quæ consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eousque nostra esse intelligantur, donec revertendi animum habeant; quod si desierint animum habere, desinant nostra esse et fiant occupantium: intelliguntur autem desiisse revertendi animum habere, tunc quum revertendi consuetudinem deseruerint. » (L. 5, § 5, Dig. 41, 1).

fragio in favore dello Stato è abolito (art. 719, Cod. civ.; 125 e segg., Cod. della marina mercantile). — Il moderno diritto internazionale non tollera più neppure, come modo di acquisto, l'occupazione *bellica* dei Romani: se trattasi di *prede marittime* ha luogo un giudizio innanzi alla *Commissione delle prede*, che ne determina la *legittimità* e l'*appartenenza* (art. 225 e segg., Cod. marina mercantile): la proprietà *terrestre* del nemico, mobile e immobile, è inviolabile, salvo il diritto alle *requisizioni* militari. — A differenza delle cose *smarrite, dimenticate* o *riposte*, si può per invenzione acquistare la proprietà del *tesoro*, cioè di qualunque oggetto *mobile* di pregio, che sia nascosto o sotterrato, e del quale nessuno possa provare di essere padrone.[1] Se il tesoro è trovato nel fondo altrui, e per solo effetto del caso, spetta per metà al proprietario del fondo e per metà al ritrovatore (art. 714).

✦ ACCESSIONE. — Il diritto di accessione si può considerare, da una parte, come un' *esplicazione della produttività della cosa*, dall' altra, come un vero *modo di acquisto* di ciò che alla cosa principale si unisce naturalmente o coll' arte (art. 443).

A) Il proprietario della cosa fa suoi i *frutti* per diritto di accessione. Diconsi frutti i prodotti *organici* della cosa, e gl' *inorganici*, che la cosa sia *destinata* a produrre, senza deteriorarsi; ad esempio, le miniere d'oro, di zolfo. Essi non sono *parte* o *avanzo* della cosa (art. 513), ma *prodotti* di essa, secondo la sua naturale *destinazione*. Si distinguono i *fructus pendentes* dai *separati o percepti*, gli *extantes* dai *consumpti*, i *percepti* dai *percipiendi*. Oltre i frutti *naturali* vi ha i frutti *civili*, cioè gli utili derivanti *occasione rei et ex con-*

---

[1] « Thesaurus est vetus quædam depositio pecuniæ cuius non extat memoria; alioquin, si quis aliquid vel lucri causa, vel metus vel custodiæ condiderit sub terra, non est thesaurus. » L. 31, § 1, Dig. 41, 1.

tractu, come le *pigioni*, gli *affitti* in denaro o in *derrate*, le *mercedi*: i frutti *civili* si acquistano *de die in diem*, i *naturali* al momento della *separazione* (articoli 480, 481, Cod. civ.).

B) Il diritto di accessione su ciò che s'incorpora o unisce alla cosa naturalmente o per arte, comprende l'accessione d'immobili ad immobili, di mobili a immobili e di mobili a mobili.

1) *Alluvione* (*incrementum latens*), per effetto della quale, *ratione vicinitatis et adherentiæ*, e pel fatto stesso che qualche particella di terra, trasportata dalle acque del fiume o del torrente, si è *impercettibilmente* incorporata alla cosa nostra (senza che sia d'uopo dell'*occupazione*), ne diveniamo proprietari (art. 453).

Avulsione (*vis fluminis, incrementum patens*); la quale segue, se, per *istantanea* forza del fiume o torrente, una parte *considerevole* e *riconoscibile* di un fondo contiguo al corso delle acque viene *aggiunta* o *soprapposta* al nostro. In tal caso la proprietà dell'*incrementum patens* si acquista per effetto dell'*occupazione*; mancando la quale, l'antico proprietario potrà revindicarlo, sinchè la revindica non si estingua per prescrizione: però anche se il proprietario del fondo, cui accede l'avulsione ne abbia preso possesso, la revindica è ammissibile *entro l'anno*.

Alveus exsiccatus, cioè il terreno insensibilmente abbandonato dall'acqua corrente, che si ritira sull'opposta riva, appartiene per *intero* al proprietario della riva *scoperta*.[1] Tale diritto di alluvione non ha luogo sui terreni abbandonati dal mare, che, come *lido*, sono demaniali, nè sui laghi e gli stagni, i quali, *licet in-*

---

[1] Sulla proprietà degli *alvei*, e delle *ripe*, da alcuni attribuita allo Stato, da altri ai *privati*, e sul sistema e la storia del diritto delle acque fluviali, vedi il De Crescenzio, v. Accessione nell'*Enciclopedia giuridica* del Mancini.

terdum crescant, interdum exarescant, suos tamen terminos retinent (L. 11, pr. Dig. 41, 1; art. 454, 455, Cod. civ.).

Insula in flumine nata, isolette, unioni di terra che si formano nei fiumi o torrenti, 1) *quum agrum, qui alvei non fuit, amnis circumfluit;* 2) *quum locum, qui alvei esset, siccum relinquit et circumfluere cœpit;* 3) *quum paullatim colluendo locum eminentem supra alveum fecit et eum alluendo auxit* (L. 30, § 2, Dig. 41). Il diritto di accessione ha luogo soltanto nei due ultimi casi: *primo illo modo causa proprietatis non mutatur.* Se le isole, isolette o unioni di terra si formano nei fiumi o torrenti *navigabili o atti al trasporto,* appartengono al *patrimonio* dello Stato; se invece si formano in fiumi o torrenti *non navigabili, nè atti al trasporto,* appartengono ai proprietari rivieraschi *pro modo longitudinis et latitudinis,* cioè secondo le perpendicolari abbassate sulle fronti dei rispettivi fondi dalla linea *mediana* dei fiumi o torrenti. Se l'isola si forma per *forza istantanea* del fiume, *causa proprietatis non mutatur;* pure se essa sorge in un fiume navigabile o atto al trasporto, lo Stato ha il diritto di *espropriarla:* lo stesso, per le cose già dette, accade, se il fiume circonda tutto il fondo, facendone un'isola (art. 457, 458, 459, 460).

Alveus derelictus: non è dato *titulo indemnitatis* ai proprietari del nuovo letto occupato dal fiume, bensì diviso fra i confinanti *pro modo longitudinis et latitudinis* (art. 461): la semplice *inondazione speciem fundi non commutat.*

2) *Satio, plantatio, inœdificatio: quidquid solo plantatur, vel inœdificatur solo cedit.* Si *presume* quindi, per ragione dell'*estensione* del diritto di proprietà, che le piantagioni e costruzioni siano state fatte dal proprietario e a *sue spese.* Ma anche quando sia dimo-

strato, che esse siano state fatte con *materiali altrui*, il proprietario non può revindicarli, se non quando sia rovinata la costruzione, nella quale furono inclusi, oppure non siano stati incorporati in maniera che col ritoglierli l'immobile sarebbe distrutto o danneggiato di molto (*ne urbs ruinis deformetur*). Se la revindica è *inammissibile*, è data al proprietario dei materiali l'azione tendente a ottenerne il valore, e in caso di mala fede o colpa grave del costruttore, anche il risarcimento del danno (art. 448, 449). — Allorchè le costruzioni non sono state fatte dal *proprietario* con materiali *altrui*, ma dal *terzo* con materiali *propri*, il proprietario può ritenerle, pagando al terzo il valore dei materiali e il prezzo della mano d'opera, o l'aumento di valore recato al fondo; oppure obbligare chi le ha fatte a levarle a sue spese. Però egli non può obbligare a levarle il terzo possessore di *buona fede*; rispetto al quale non può neppure compensare l'indennità dovutagli coi frutti percepiti, che sono attribuiti al possessore *ope legis* e per la sola considerazione della buona fede (art. 450). — Se le costruzioni e piantagioni sono state fatte dal *terzo*, non con materiali *propri*, ma con materiali *altrui*, il proprietario di questi può revindicarli solo nel caso, che si possano togliere senza deterioramento: ha però il diritto di essere indennizzato dal terzo o dal proprietario della cosa sul prezzo, che dovesse tuttora (art. 451). — Il principio *quidquid solo inædificatur, solo cedit*, si applica anche nel caso, che non tutto l'edificio, ma una parte di esso sia costruita sul suolo altrui: pure, se un *edificio* occupi *in parte* il suolo altrui, e sia stato costruito *in buona fede* ed a *saputa* e *senza opposizione* del proprietario, l'autorità giudiziaria *può* pronunziare l'espropriazione del suolo occupato, mediante il pagamento del *doppio valore* del suolo e del risarcimento dei danni (art. 452).

3) *L'accessione di cose mobili a cose mobili* è regolata dal contratto; e in mancanza dall'*equità naturale,* quando a dirimere la controversia non bastino le disposizioni seguenti:

Aggiunzione: se le due cose unite possono separarsi senza notabile deterioramento, l'acquisto per accessione non ha luogo: il proprietario può revindicare la cosa propria aggiunta, o farsi restituire altrettanta materia, o domandarne il valore. Se le due cose non possono separarsi, si applica il principio, che la cosa accessoria (aggiunta cioè *rei ornandæ, vel perficiendæ causa,* o meno notevole per valore, o per volume) segue il destino giuridico della cosa *principale* (art. 464, 465, 467). Nel caso suddetto il proprietario della cosa principale diviene altresì proprietario della cosa accessoria, salvo il risarcimento dei danni in favore del proprietario della cosa accessoria, e se trovi luogo, l'azione *penale pubblica* (art. 475).

Però, quando anche concorrano tutte le condizioni suddette, se la cosa accessoria non fu aggiunta all'altra, che *rei ornandæ causa,* ed è molto più *preziosa* di essa, il proprietario dell'accessoria ha la scelta o di appropriarsi il tutto, pagando il valore della cosa principale o di chiedere la separazione della cosa unita, quando anche potesse seguirne deterioramento dell'altra [1] (art. 466). Se tale regola non trovi applicazione, e nessuna delle due cose possa reputarsi *accessoria* dell'altra, la cosa unita è reputata *comune* in proporzione dei rispettivi diritti. — Le medesime regole si applicano alla *ferruminatio* e all'*adplumbatio.* [2]

---

[1] Così il criterio del *valore,* che è sussidiario nel decidere, se la cosa sia principale o accessoria, assume qui la maggiore importanza.

[2] « *Ferruminatio per eamdem materiam facit confusionem* (ferrum cum ferro mediante ferro, argentum cum argento mediante argento, GOTHOFREDO) *plumbatura non idem efficit.* » (L. 23, § 5, Dig. 6, 1).

Specificazione, il cui fondamento è il *lavoro*, che *trasforma* la materia: *quod factum est, antea nullius fuerat*. La cosa, così trasformata, spetta al proprietario della materia (*Scuola Sabiniana*), salvochè la mano d'opera fosse tanto pregevole da superare di molto il valore della materia adoperata. Possono considerarsi, come casi di acquisto per specificazione, la *pictura*, la *scriptura*, la *sculptura*, la *textura*. L'acquisto per specificazione segue, quando anche lo specificante sia *in mala fede* (arg. art. 475).

Mescolanza (*confusio* di cose *solide* e *commixtio* di cose *liquide*): quegli che non ha assentito alla mescolanza, ha diritto alla *separazione* della materia spettantegli; se la separazione non può aver luogo senza danno, la proprietà della mescolanza è comune. Tuttavia in quest'ultimo caso, se la materia appartenente a uno dei proprietari potesse essere reputata principale o sia molto superiore all'altra per valore, tutta la mescolanza è attribuita al proprietario della materia prevalente, purchè paghi all'altro il valore della materia spettantegli (art. 471, 472).

§ 48. — Azioni a garentia del diritto di proprietà e tutela preventiva di esso.

A) *Reivindicatio*. — L'azione di revindica tende a far riacquistare al *proprietario* (attore) il *possesso* della sua cosa, presso qualunque detentore (convenuto) si trovi. Essa suppone quindi la *prova del dominio* dell'attore (*probatio diabolica*, che non si compie pienamente, fuorchè coll'*usucapione*), e del *possesso* da parte del convenuto. Chi possiede *nomine alieno* può essere messo fuori causa, facendo la *laudatio* o *nominatio auctoris*, indicando cioè colui, in nome del quale possiede, e che quindi deve assumere il peso della lite (art. 1582):

se egli trascura di fare la *laudatio*, può essere tenuto al risarcimento dei danni verso il suo *causam dans*. Il possessore, che dopo la domanda giudiziale cessi di possedere, per intralciare o rendere impossibile l'esecuzione della sentenza, che ordina il *rilascio* (*res inter alios iudicata tertio neque prodest, neque nocet*), è tenuto all'*æstimatio litis*, salvo al proprietario il diritto di revindicare invece la cosa contro il terzo possessore: se il proprietario preferisca di esigere l'*æstimatio*, o se la revindica torni impossibile oppure inammissibile, la cosa si ha per *venduta*, e l'*æstimatio* si considera come *prezzo* della vendita (art. 439). — L'azione di revindicazione può avere per *obbietto* qualsiasi cosa *corporale*, o una *quota parte* ideale di essa. Però trattandosi di *singole* cose *mobili per natura*,[1] o di *titoli al portatore*, la revindica è *inammissibile* contro il *terzo*[2] possessore *nomine proprio*, che abbia acquistato la cosa mobile in forza di un titolo abile a trasferire il dominio, e di cui ignorava i vizi (*buona fede*), da chi aveva il possesso della cosa (possessore *a quo*). Concorrendo tutte le suddette condizioni si applica la massima: *il possesso vale per titolo*, tolta dal diritto germanico: *Hand musz Hand wahren* (la mano deve far sicura la mano). La revindica è tuttavia ammissibile, quando anche il possessore convenuto sia di *buona fede*,[3] se il

---

[1] Pei titoli *nominativi* (mobili *per l'obbietto, cui si riferiscono*) valgono le regole scritte negli art. 1538, 1539, 1542 e la massima: *nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet.*

[2] È *terzo* chi non era in precedenti rapporti giuridici col revindicante per ragione della cosa: di conseguenza la revindica del deponente sarebbe ammissibile contro il depositario, l'affittuario e i loro *eredi.*

[3] L'art. 57 del Codice di commercio del 1882, interpretando la legislazione precedente, ha stabilito, che la revindicazione dei titoli al portatore smarriti o rubati è ammessa soltanto contro colui, che li ha trovati o rubati, e contro coloro, che li hanni ricevuti per qualunque titolo, *conoscendo il vizio della causa del possesso.*

revindicante abbia *smarrito* o sia stato *derubato* della cosa: il revindicante non è tenuto neppure a rivalere il possessore del prezzo pagato per averla, salvo in favore di lui l'azione di regresso contro il proprio *causam dans*. Tuttavia se il terzo possessore convenuto ha acquistato la cosa in una fiera o in un mercato, in occasione di una vendita pubblica o da un commerciante che faccia pubblico spaccio di tali oggetti, il revindicante deve rimborsare il possessore condannato al rilascio, di ciò, che la cosa gli è costata. — L'azione per revindicare la cosa mobile rubata o smarrita contro il ladro o il ritrovatore, che non abbia adempite le relative disposizioni di legge, si prescrive in *trent'* anni: contro il terzo in *due* anni dal giorno del furto o dello smarrimento (art. 707, 708, 709, 2146). — Oltre la suddetta eccezione d'*inammissibilità*, il convenuto può alla revindica opporre eccezioni *dilatorie*, come quella nascente dal diritto di usufrutto, dal contratto di locazione non ancora disciolto, dal *ius retentionis*, finchè non gli sia pagata l'indennità a causa dei miglioramenti; e l'eccezione, *perentoria*, *rei venditæ et traditæ*, la quale può essere opposta a *qualunque revindicante*, che, in caso di vittoria, sarebbe d'altra parte tenuto a prestare al convenuto la *garentia* a causa di evizione (*quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*); così, ad esempio, può essere opposta all'erede, al fideiussore, e al *cessionario* del venditore. Il possessore condannato al rilascio è tenuto a restituire la cosa revindicata *cum omni causa*: pei frutti si osservano le regole sopra indicate (§ 47): risponde del dolo e della colpa dal dì della domanda giudiziale; e se è *in mala fede*, è obbligato finanche alla prestazione del *caso fortuito*, quando sia certo, che la cosa non sarebbe perita, nè sarebbe stata danneggiata, se all'attore fosse stata restituita prima (art. 1298).

Azione Publiciana. — Quest'azione era data nel diritto romano contro chi possedeva senza giusto titolo, oppure con titolo meno valido e in mala fede, a chi prima del compimento dell'*usucapione* (che tramutava il possesso in dominio) veniva spogliato del possesso della cosa: a differenza della *revindica,* essa non presupponeva la prova del *dominio.* Oggi la *publiciana* è inammissibile. Infatti se il convenuto possiede da più di un anno, egli ha distrutto così tutti gli effetti dell'usucapione e ha in suo favore una *presunzione di proprietà,* la quale non può essere vinta che dalla prova del *dominio* dell'attore: se il convenuto possiede da meno di un anno, la publiciana è inutile, perchè per riavere il possesso bastano gli ordinari rimedi possessorii: se infine nessuno dei due possiede da più di un anno, dev'esser preferito il possessore attuale.

Azione negatoria, data al proprietario, quasi *revindica parziale,* contro chi pretenda un diritto reale o altrimenti turbi l'esercizio del dominio; coll'intento di far cessare le molestie relative *alla cosa* (*quando quis movet de re controversia*), e far condannare il convenuto al risarcimento dei danni e, se occorre, alla *cautio de non amplius turbando.*

Azione di stabilimento di termini, diretta ad ottenere la *materiale apposizione* di termini già *certi,* a *spese comuni* (art. 441): poichè questa azione costituisce una *mera facoltà* del proprietario, che può esercitarla in qualunque tempo gli piaccia, essa è *imprescrittibile.*

Azione di regolamento di confini (*actio finium regundorum*), diretta ad ottenere la determinazione di un confine *confuso* e *incerto* a spese del *soccombente.* Se sotto colore di azione di regolamento di confini, si domanda il rilascio di una parte del fondo posseduto dal

vicino, si ha una vera *revindica*, regolata dalle proprie norme.

B) *Tutela preventiva del diritto di proprietà.* — *Azione di denuncia di nuova opera*, diretta a ottenere, prima che sia trascorso *un anno dall' incominciamento*, la *sospensione* delle *nuove opere* d'ingegneria, intraprese *ædificando, vel detrahendo*, e *non ancora compiute;* oppure la prestazione di una *cauzione* pel risarcimento dei danni, nel caso, che esse siano dichiarate illegittime. Il giudizio di nunciazione ha due stadii: l'uno d'*inibizione*, che non costituisce nè un'azione *reale*, nè *personale*, ma un semplice interdetto tutto *provvisionale;* l'altro di *remissione* o *di merito*, che può essere *petitorio* o *possessorio*, secondochè le ragioni del nunciante si fondano sul possesso, oppure sulla proprietà o sopra un diritto reale (art. 698). Il possessore, che non si sia avvalso del rimedio della nunciazione prima del compimento delle opere, non può dipoi ottenere la demolizione dell'opera compiuta, mercè l'azione di manutenzione; ma soltanto mercè il giudizio *petitorio*, se egli sia inoltre proprietario o abbia un diritto reale sulla cosa: altrimenti potrebbe accadere, che si dichiarasse *legittima* in petitorio, l'opera già demolita per effetto del giudicato di manutenzione.

Azione di danno temuto (*cautio damni infecti*), diretta a evitare, o con opere opportune o colla *cautio damni infecti*, un danno che sia *grave*, *prossimo* e induca ragionevolmente in timore (art. 699, Cod. civ.; 938, 939, 940, Proc. civ.).

Le azioni di stabilimento di termini, di regolamento di confini, di denuncia di nuova opera e di danno temuto spettano anche al *possessore legittimo*.

DELLE SERVITÙ.

§ 49. — Nozioni generali.

La servitù è un diritto reale su cosa altrui (*ius in re aliena*), in vantaggio di una determinata persona o di un determinato fondo (*dominante*); e consistente nell'uso e nel godimento, vario a seconda dei casi, della cosa *servente*. Di qui deriva: 1) che *servitus in faciendo consistere nequit* (art. 502, 503); ma soltanto in *non faciendo* (servitù *negative*, esempio, *servitus altius non tollendi*) o *in patiendo* (servitù *affermative*, ad esempio, *servitù di passaggio*); 2) che il proprietario non può avere un diritto di servitù sulla cosa propria (*nemini res sua servit*), poichè il dominio non è la *somma*, ma l'*unità* dei singoli diritti dominicali; 3) che non si può, *aggravando la condizione del fondo servente*, imporre una servitù sulla servitù: *servitus servitutis esse non potest*;[1] 4) che le servitù di ogni specie, tranne l'usufrutto, sono *indivisibili*; non possono cioè nè acquistarsi, nè perdersi *per parti* (art. 637, 671, 672, 644, Cod. civ.).

Delle servitù, quelle stabilite in favore di un determinato fondo (e sono *storicamente* le prime ad apparire) diconsi *prediali*; quelle stabilite sopra un fondo a vantaggio d'una certa persona diconsi *personali*.[2] Le principali differenze fra le due specie di servitù sono le

---

[1] BIANCHI F. La regola: *Servitus servitutis esse non potest* nel diritto vigente nella *Rivista italiana* di Schupfer e Fusinato, vol. II, fasc. 1°.

[2] Il nostro Codice, al pari del francese, per l'infondato timore che le parole *servitù personali* ricordassero la *schiavitù*, ha preferito di trattarne sotto il titolo generico di *Modificazioni della proprietà*.

seguenti: 1) le *personali* sono *soltanto* tre,[1] cioè l'usufrutto, l'uso e l'abitazione; le *prediali* sono innumerevoli; e, anzichè diminuire, tendono a crescere col progresso dell'agricoltura; 2) le *personali* attribuiscono al concessionario il *possesso* della cosa servente; mentre di regola il proprietario del fondo, soggetto alla servitù prediale, ne ritiene il possesso; 3) le prime costituiscono rapporti reali *fra persone e fondo;* le seconde *fra due fondi,* l'uno *dominante,* a cui è attribuito uno speciale vantaggio, l'altro *servente,* il cui proprietario è obbligato a soffrire, che altri faccia o ad astenersi dal fare;[2] 4) le *personali* si estinguono colla persona, le *prediali* di regola sono *perpetue;*[3] 5) le servitù *prediali* hanno sempre per obbietto cose *immobili,* mentre l'uso e l'usufrutto possono stabilirsi anche sui *mobili.*

---

[1] N. Coviello, *Delle cosiddette servitù irregolari nel dr. civ. italiano,* 1888.

[2] Da tale principio discendono alla loro volta le seguenti conseguenze:

1ª Che impropriamente vengono denominate *servitù legali* anche quelle che sono invece semplici *limitazioni legali* del diritto di proprietà: in esse non vi è alcun fondo, che possa dirsi *dominante* rispetto all'altro *servente:* entrambi sono *dominanti* e *serventi* a un tempo; il *vantaggio* e il *danno* sono *comuni.*

2ª Che le servitù debbon recare un vantaggio *al fondo* stesso, non alla *persona* soltanto, in considerazione della professione, del mestiere o dell'industria che ella eserciti: in tali casi sarebbe costituito un semplice diritto *personale* e non un diritto *reale.*

3ª Perchè un fondo possa trarre vantaggio dall'altro occorre la *vicinitas,* che in senso lato deve intendersi come possibilità, che i rapporti locali consentano, che il servente rechi un vantaggio al dominante.

4ª La servitù prediale è una *qualità* del fondo; onde non può essere alienata, nè ipotecata separatamente da esso.

[3] Notisi però che il diritto vigente non richiede più, come condizione essenziale per la costituzione delle servitù prediali, la *causa perpetua,* cioè la non *precarietà* del vantaggio del fondo dominante (L. 28, Dig. 8, 2).

§ 50. — Delle servitù personali.

1) — *Usufrutto.*

L'usufrutto è il diritto di godere delle cose, di cui altri ha la proprietà, *nel modo che ne godrebbe il proprietario,* ma coll'obbligo di conservarne la *sostanza,* tanto nella *materia,* quanto nella *forma* (art. 477). — L'usufrutto può essere costituito dalla *legge* (art. 228, 753), o dalla *volontà dell'uomo,* sia per testamento, sia per contratto a titolo oneroso o gratuito: non è dato al giudice nel diritto moderno di stabilirlo *per sentenza.* L'usufrutto può avere per obbietto qualunque cosa *inconsumabile,* immobile o mobile, corporale o incorporale; e perfino tutto il patrimonio (*universum ius*) di una persona (art. 509).

Diritti dell'usufruttuario. — L'usufruttuario acquista al tempo della *maturità,* per effetto della semplice *separazione* (non occorre più la *perceptio*), tutti i frutti *naturali* e *civili,* che la cosa può produrre: poichè il godimento suo comprende così l'*uti,* come il *frui.* Circa la divisione dei frutti fra l'usufruttuario e il proprietario al cominciamento e al termine dell'usufrutto valgono le regole esposte al § 47; e si noti, che per impedire liti incerte e dispendiose, il nostro Codice ha negato ad entrambi ogni diritto a compenso pei lavori e le sementi (art. 494). — Gli art. 482, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 494, devono considerarsi come *applicazioni* dei principii suesposti legiferate *dubitationis tollendæ causa:* è notevole però l'obbligo della *suppletio rei,* imposto all'usufruttuario di animali, sino alla concorrente quantità dei nati, dopochè la mandra o il gregge cominciò ad essere mancante del numero

primitivo[1] (art. 512, 513). — L' usufruttuario può cedere ad altri l' *esercizio* del suo diritto, non *il diritto stesso*, che è siffattamente legato alla persona, da estinguersi con essa (art. 492). Egli può inoltre *locare* la cosa soggetta all' usufrutto: e sebbene la locazione sia un rapporto *personale*, cui dovrebbe applicarsi la massima: *ususfructus reversus ad proprietatem tollit locatum*; pure per ragioni di equità ed utilità *le locazioni di fondi rustici ed urbani* sono conservate per un certo tempo, anche cessato l' usufrutto (art. 493). Durante l' usufrutto il proprietario deve astenersi da ogni atto, che diminuisca o impedisca il godimento dell' usufruttuario: non gli è vietato però di vendere o ipotecare la *nuda proprietà*, d' imporvi una servitù, che non noccia all' usufruttuario, ad esempio, la *servitus altius non tollendi* (art. 635), nè di fare tutte le opere *necessarie alla conservazione* della cosa *senza obbligo d' indennità*, quando anche l' usufruttuario ne soffra danno (arg. art. 1580). — Pel principio *servitus in faciendo consistere nequit* e per impedire, che l' usufruttuario obblighi il proprietario a pagare compensi gravosi, è stabilito, che egli non possa per ragione dei *miglioramenti*[2] domandare indennità di sorta: può soltanto compensare coi miglioramenti i deterioramenti, oppure esercitare il *ius tollendi*, se i miglioramenti possano togliersi *con qualche suo profitto* e *senza danno della proprietà*; e salvo al proprietario il diritto di ritenerli, pagando all' usufruttuario non le spese, nè l' aumento di valore recato al fondo, ma soltanto il prezzo che potrebbe ritrarne, distaccandoli dal fondo. Tuttavia l' usufruttuario, purchè rimetta le cose *ad pristinum*, ha sempre il diritto di togliere gli specchi, i quadri e gli altri orna-

---

[1] L. 70, § 4, Dig. 7, 1.

[2] Per le *costruzioni* pare equo e legittimo ritenere che debbano applicarsi i principii scritti nell'art. 450, in tema di accessione.

menti, che d'ordinario hanno un valore di affezione, non ostante che il proprietario voglia ritenerli, pagandone il valore (art. 495).

Obblighi dell' usufruttuario. — A) *Prima di conseguire il possesso dei beni,* egli deve: 1) far l'*inventario* dei mobili, e la *descrizione* degl' *immobili,* in forma privata o giudiziale: la *dispensa* dall' inventario produce soltanto l' effetto, che le spese non siano a carico di lui, ma del proprietario richiedente (art. 496); 2) *prestar cauzione* di godere i beni da buon padre di famiglia (*cautio usufructuaria*); ammenochè non ne sia dispensato dal *titolo costitutivo* o dalla *legge,* come il genitore esercente la patria potestà, e l'alienante con riserva di usufrutto (art. 497, 228, 753). La cauzione può essere, a scelta dell' usufruttuario, *fideiussoria, ipotecaria* o *pignoratizia* (art. 1921, 1904, 1905, 1922). Se egli non abbia modo di prestarla, o la presti insufficiente, gl' immobili saranno affittati o posti sotto sequestro, tranne una casa, che può essere attribuita all' usufruttuario per *abitazione;* i denari verranno collocati a interesse, le derrate vendute, i titoli al portatore convertiti in cartelle nominative coll' annotazione dell' usufrutto: le rendite degl' immobili, e gl' interessi del denaro, del prezzo delle derrate e dei titoli nominativi saranno quindi attribuiti all' usufruttuario (art. 498);

B) *Durante l' usufrutto.* — 1) L' usufruttuario, pel trito principio *servitus in faciendo consistere nequit,* deve star contento a prendere le cose nello stato, in cui si trovano (art. 496).[1] E poichè deve godere da buon padre di famiglia, deve a sue spese fare le riparazioni *ordinarie;* tutte quelle cioè, che non essendo annoverate nell' art. 504, e non importando un *ristabilimento*

[1] L. 65, § 1, Dig. 7. 1.

o una *ricostruzione*, non sono *straordinarie*. Nè il proprietario, nè l' usufruttuario sono obbligati a fare le riparazioni *straordinarie*: non il primo, perchè, ripetiamolo, *servitus in faciendo consistere nequit*; non l' altro, perchè quelle spese sono a carico della *proprietà* e non dei *frutti*: onde se il proprietario *consentisse* di farle a sue spese, l' usufruttuario gliene dovrà corrispondere l' interesse durante l' usufrutto: se invece stima opportuno di eseguirle l' usufruttuario, egli potrà pretenderne il rimborso al termine dell' usufrutto, senza interessi (*actio de in rem verso*: art. 501, 502, 503, 504, 505). 2) L' usufruttuario è obbligato a sopportare, durante l' usufrutto, tutti i carichi annuali, che sono *detrazione dei frutti*, ad esempio, la *fondiaria*, i *canoni enfiteutici*; all' incontro sono a carico del proprietario le spese, che gravano sulla proprietà (*capitale*), ad esempio, un *prestito forzoso*, le spese necessarie per la chiusura forzata e l' apposizione dei termini (art. 507). 3) A garentia del suo diritto reale l' usufruttuario, oltre le azioni possessorie, può sperimentare la *confessoria servitutis*: le spese delle liti, che riguardano soltanto l' usufrutto e le relative condanne, sono a carico dell' usufruttuario: le spese e le condanne, che riguardano insieme l' usufrutto e la proprietà, sono a carico dell' usufruttuario e del proprietario, in proporzione del rispettivo interesse[1] (articolo 510). 4) Deve inoltre l' usufruttuario denunciare al proprietario tutte le usurpazioni e le altre molestie che offendessero il diritto del proprietario, e risponde dell' usucapione, compiuta dal terzo, per omessa denuncia (art. 511).

Quasi-usufrutto.—L'usufrutto delle cose *consumabili*

---

[1] La ripartizione proporzionale delle spese e delle condanne ha luogo soltanto se l'usufrutto è costituito a titolo *gratuito*; se è costituito a titolo *oneroso*, l' usufruttuario ha diritto alla *garentia* per evizione contro il proprietario costituente (art. 1482 e segg.).

ripugna alla definizione dell' usufrutto; poichè non è possibile conservarne la sostanza nella materia e nella forma: pure un Senatoconsulto ammise il quasi-usufrutto delle cose consumabili, che in fondo è un *mutuo* colla specialità della *cauzione quasi-ususfructuaria.*[1] L' usufruttuario diviene *proprietario* delle cose consumabili, e ha l' obbligo di pagarne il valore al termine dell' usufrutto, secondo la stima: se la stima non sia stata fatta, egli avrà la scelta o di restituire cose di eguale quantità e qualità o di pagarne il prezzo corrente al termine dell' usufrutto: eguali doveri e diritti ha l' usufruttuario di animali, che formino la *dote del fondo* (art. 483). L' usufrutto delle cose, *quæ usu non consumuntur, sed minuuntur,* ad esempio, le vesti, le mobilie, è un vero usufrutto; onde l' usufruttuario non è obbligato a restituirle, se non nello stato, in cui si trovano, purchè non vi sia dolo o colpa da sua parte (art. 484).

Modi di estinzione dell' usufrutto. — 1) *La morte dell' usufruttuario:* l' usufrutto costituito in favore di più persone, senza determinazione di parti, anzichè consolidarsi alla proprietà, si *accresce,* dopo la morte di alcuni di essi, ai superstiti (art. 885): all' incontro l' usufrutto, stabilito in favore di più persone *successivamente,* poichè implica una *sostituzione fidecommissaria,* ha effetto soltanto in favore dei primi chiamati (art. 901). — L' usufrutto, stabilito in favore di *corpi morali,* non può durare oltre *trent' anni;* altrimenti la proprietà sarebbe affatto inutile, separata perpetuamente dall' usufrutto (art. 518); 2) collo *spirare del tempo,* per cui fu stabilito; 3) colla *consolidazione,*

---

[1] La *cautio quasi-ususfructuaria* non ha per fine di garentire il proprietario, che l' usufruttuario godrà la cosa da buon padre di famiglia, ma soltanto di assicurare la *restituzione* di cose di eguale quantità e qualità o il pagamento del prezzo.

sia che l'usufruttuario acquisti la proprietà, sia che il nudo proprietario acquisti l'usufrutto per causa *diversa* dalla sua estinzione;[1] 4) col *non usus* per trent'anni (prescrizione estintiva); 5) per *totale perimento* (materiale o *giuridico*) della cosa soggetta all'usufrutto: la semplice *mutatio rei* non produce l'estinzione dell'usufrutto (art. 519, 520); 6) per *grave abuso* da parte dell'usufruttuario, come se, ad esempio, alieni le cose *mobili* (per le quali contro il terzo è inammissibile la revindica) o deteriori i beni, o li lasci andare in perimento per mancanza di riparazioni ordinarie: il giudice può tuttavia, secondo le circostanze, anzichè pronunziare la caducità, ordinare la prestazione della cauzione o l'affitto dei beni o darli in amministrazione; oppure disporne il rilascio in favore del proprietario, con obbligo di pagare annualmente all'usufruttuario una somma determinata (art. 516).

2) e 3) — *Uso e abitazione.*

Per diritto romano, ove non soccorra l'interpetrazione *larga e benigna* della volontà del testatore, *cui usus relictus est, uti potest, frui non potest* (L. 2, Dig. 7, 8): l'usuario poteva soltanto impiegare la cosa secondo la sua naturale destinazione (*uso*), ma non aveva facoltà di appropriarsi i frutti (*godimento*). — Al diritto di *abitazione* fu inoltre attribuito nel diritto romano ultimo indole per più rispetti[2] diversa dal diritto di *uso* di una casa.

---

[1] L'estinzione dell'usufrutto per consolidazione non è assoluta e definitiva come quella per morte; la consolidazione è piuttosto un ostacolo all'esercizio dell'usufrutto *formale:* infatti, rimosso l'ostacolo, l'usufrutto rivive, come ad esempio se l'usufruttuario, divenuto proprietàrio, patisca l'evizione; vedi inoltre la L. 8, Dig. 7, 2.

[2] Infatti: 1) il diritto di uso di una casa attribuiva il diritto di servirsene in tutta la sua continenza, mentre il diritto di abita-

Invece nel diritto civile italiano, l'uso viene considerato come un *usufrutto limitato*, cioè come un diritto reale, che attribuisce all'usuario il *possesso* della cosa altrui colla facoltà di servirsene e di raccoglierne i frutti occorrenti pei bisogni propri e della propria famiglia (art. 521). Il diritto di abitazione viene considerato come il diritto di uso di una casa, e attribuisce facoltà di abitarla colla propria famiglia (art. 522). Nella *famiglia* si comprendono la moglie, i figli dell'usuario (sebbene al tempo della costituzione non avesse contratto matrimonio) e i domestici.

L'uso e l'abitazione possono costituirsi soltanto per *volontà dell'uomo* (atti tra vivi, a titolo oneroso o gratuito, e testamento): non vi ha diritti di uso stabiliti per *legge*.[1] I diritti di uso e di abitazione sono personalissimi; onde, a differenza dell'usufrutto, non si possono nè *affittare*, nè *cedere* ad altri, neppure in quanto all'*esercizio*. Del pari, a differenza dell'usufrutto, si ammette per l'usuario e per l'abitante la dispensa dalla cauzione *per decreto del giudice* (art. 525).

L'usuario e l'abitante debbono fare l'inventario dei mobili e la descrizione dello stato degl'immobili; e debbono contribuire alle spese di coltura, alle riparazioni ordinarie e al pagamento dei tributi, in *proporzione* dei frutti, che percepiscono e del godimento (art. 527).

L'uso e l'abitazione si perdono negli stessi modi, che l'usufrutto.

---

zione era ristretto alla parte abitabile; 2) l'abitante poteva locare la casa (L. 19, Dig. 2, 5; L. 10, p. 2 e 3, Dig. 7, 8); 3) il diritto di abitazione, a differenza dell'uso, non si estingueva nè per prescrizione estintiva, nè per *capitis deminutio*.

[1] Non è un vero diritto *reale di abitazione* quello accordato alla vedova dall'art. 1415.

§ 51. — Servitù prediali.

Distinzione delle servitù. — Più sopra (§ 49) abbiamo disaminato l'indole delle servitù prediali, e abbiamo notato le differenze notevolissime che corrono fra esse e le servitù personali. Le servitù prediali alla loro volta si distinguono in: 1) *affermative* e *negative* (§ 49); 2) e 3) nel *diritto moderno,* mentre è destituita di ogni importanza la distinzione di servitù *urbane* e *rustiche,* hanno importanza grandissima le distinzioni di servitù *continue* e *discontinue; apparenti* e *non apparenti.* Diconsi *continue* le servitù, il cui *esercizio è, o può essere continuo, senza che sia necessario un fatto attuale dell'uomo,* ad esempio, gli acquedotti,[1] gli stillicidi, i prospetti; *discontinue* quelle, che richiedono *un fatto attuale dell'uomo per essere esercitate,* ad esempio, quella di passare, di attingere acqua. Diconsi *apparenti* quelle che si manifestano con segni visibili, come una porta, una finestra, un acquedotto: *non apparenti* quelle che non hanno segni visibili della loro esistenza, come il divieto di fabbricare sopra un fondo o di non fabbricare che a un' altezza determinata[2] (art. 617, 618). L' impor-

[1] La servitù non cessa di essere *continua,* se il fatto dell'uomo è necessario solo per *iniziare* l'esercizio, non per continuarlo; l'articolo 619, relativo alla *servitù di presa di acqua,* può considerarsi come un'applicazione di questo principio.

[2] Vedi sulla storia delle distinzioni suesposte l'ottima monografia del dottor SIMONCELLI, *La destinazione del padre di famiglia, come titolo costitutivo delle servitù prediali.* Napoli, 1886.

tanza pratica delle suddette distinzioni sta in ciò, che il quasi possesso di tutte le servitù *discontinue* e delle *continue non apparenti* viene riguardato come *precario;* onde non è *manutenibile* in sede possessoria, nè capace di servir di fondamento all'*usucapione;* 4) si distinguono inoltre le servitù stabilite *per fatto dell'uomo* da quelle stabilite dalla legge, *servitù legali.* Tali sono: *a*) l'obbligo dei fondi inferiori di ricevere le acque, che dai fondi più elevati scorrono naturalmente senza che vi sia concorsa l'opera dell'uomo: *natura loci nocet* (art. 536 e segg.); *b*) il diritto di *presa di acqua legale* sui rivi, fossi, ruscelli, a condizione però di restituirne le colature e gli avanzi al corso ordinario (art. 543, 544); *c*) è stabilito, mediante il pagamento di una giusta indennità, il diritto di *passaggio forzato* transitoriamente o permanentemente in favore di chi debba penetrare nel fondo altrui per riparare un'opera propria, o non abbia uscita sulla via pubblica; *d*) il diritto di *acquedotto forzato* in favore di chi attraverso il fondo altrui voglia condurre acque per le necessità della vita, per usi agrari o industriali, per scaricare acque sovrabbondanti, per bonificare o prosciugare terreni paludosi (art. 592 e segg.).

Specie delle servitù prediali. — Quante sono le utilità, che un fondo può conferire all'altro, tante possono essere le servitù. Le principali sono le seguenti: 1) *servitus oneris ferendi,* che conferisce il diritto di appoggiare le proprie costruzioni su quelle del vicino; 2) *servitus proiiciendi,* onde è dato far sporgere una parte del nostro edifizio, come una terrazza, un balcone *sovrastante,* sull'area del vicino, oppure il *tetto* (*servitus protegendi*) a fine di preservare le mura dalle intemperie; 3) *servitus stillicidii, vel fluminis recipiendi,* cioè il diritto di fare scolare sul fondo altrui le acque piovane, *guttim,* o per mezzo di un canale (*flumen*)

(art. 591); 4) *servitus altius non tollendi,* onde il vicino non può innalzare la sua fabbrica oltre una certa altezza; 5) *servitus luminum,* consistente nel diritto di aprire luci nel muro del vicino, o comune o anche nel proprio, senza osservare le limitazioni degli art. 583 e segg.; 6) *servitus fumi immittendi,* cioè il diritto d'immettere il fumo nel fondo del vicino; 7) servitù di *passaggio* a piedi, con carri o in qualunque altro modo (*servitus itineris, actus, viœ*); 8) *servitus pecoris ad aquam appulsus,* servitù di abbeveraggio; 9) *servitus pecoris pascendi,* servitù di pascolo, che come vero *diritto reale,* è affatto diversa dal *compascolo;* 10) *servitù degli scoli* o *avanzi di acqua,* per effetto della quale il proprietario del fondo servente non può *divertirli:* però tale servitù è sempre *condizionale;* essa attribuisce diritto soltanto all'acqua, che avanza, dopochè il proprietario del fondo servente se n'è giovato per la coltura del proprio fondo: anzi egli può liberarsi dal peso della servitù, concedendo e assicurando al proprietario del fondo dominante un determinato corpo di acqua *viva* (art. 637, 654, 655, 656); 11) *servitù di scarico di acqua,*[1] onde il proprietario del fondo dominante ha fa-

[1] Le servitù di *scarico,* di *presa* e di *condotta* d'acqua costituiscono tre specie della servitù di *acquedotto.* I canali rispetto agli *uffici,* cui servono, sono *dispensatori, derivatori, scaricatori,* ec.; rispetto alla *posizione* sono *superficiali, sotterranei* (ad esempio, le botti o trombe, colle quali si fa passare l'acqua sotto un fiume o torrente), *incombenti* (ad esempio, i *cavi-levati,* cioè i canali formati cogli argini) ed *elevati* (ponti-canali, coi quali l'acqua è condotta sopra altra corrente). Nei canali dicesi *incile* il taglio della sponda di un fiume per dar passaggio all'acqua che si vuole introdurre nel canale; l'incile può essere *naturale* o *artificiale.* Il primo tratto del canale di derivazione chiamasi *calice;* l'estremità di esso è chiusa interamente da una lastra verticale, perpendicolare alla direzione del canale, nella quale è aperta la luce rettangolare che costituisce la *bocca.* Dicesi *battente* la parte superiore della lastra, contro cui batte l'acqua soprabbondante, che non può passare pel foro. Le *pestaie* o *chiuse* consistono in *saracine-*

coltà di riversarla nei fondi serventi, anche mercè opere manufatte; il che non gli sarebbe consentito dalla semplice servitù *legale* imposta dall'art. 536; 12) *servitù di presa di acqua,* che attribuisce il diritto di attingere dalla fonte o dal canale altrui la quantità di acqua, convenuta, in ragione dello scopo e dell'uso, cui serve, ad esempio, per l'irrigazione di un prato, di una risaia; o in relazione all'*unità* di misura dell'acqua corrente, cioè al *modulo,* che rappresenta un corpo di acqua, scorrente nella costante quantità di cento litri al minuto secondo, e divisibile in *decimi, centesimi* e *millesimi* [1] (art. 622). La presa di acqua si può esercitare per un

---

sche o *parate di legno, terre e sassi,* che servono per arrestare il corso dell'acqua e *invasarla* nei canali derivatori. L'acqua è *derivata,* se entra dall'incile; *mista* è la derivata, cui si uniscono nel suo corso acque di sorgenti e di filtrazioni. *Capo di acqua* è il luogo dove l'acqua comincia pel primo utente, in contrapposto alla *coda di acqua.* La dispensa dell'acqua può essere *libera* o *obbligata a restituzione:* in ordine alla *quantità* dell'acqua può essere *a bocca libera,* se non vi è apparecchio che limiti la dispensa o l'afflusso; *a bocca modellata,* composta cioè di un incile munito di una tavola con orificio, da cui sgorga l'acqua; *a bocca tassativa,* composta di un incile con paratoia o chiusa, che mantiene l'acqua alla stessa altezza contro la tavola dell'orificio. — Vedi J. Claudel, *Manuale di formole, tavole e notizie di uso frequente per gl' ingegneri, architetti,* ec., vol. I, pag. 302, nota dei traduttori *Bonolis* e *Mazza.* Napoli, 1879; Turazza, *Della condotta forzata delle acque.* Padova, pag. 112, e le opere del Romagnosi, del Giovannelli e del Pechio, le quali hanno autorità grandissima in questa materia.

[1] Sia che l'acqua sia stata concessa in ragione dell'uso cui deve servire, sia che ne sia stata determinata la quantità in sè, se fu convenuta la forma della *bocca* e dell'edificio *derivatore,* le parti non possono impugnarla sotto pretesto di eccedenza o deficienza dell'acqua; ammenochè essa dipenda da variazioni seguite nel canale *dispensatore* (come se da *retto* che era, fosse divenuto *tortuoso*), o nel corso delle acque in esso scorrenti (come se ad esempio fosse diminuita la quantità e quindi la velocità delle acque): lo stesso ha luogo, se pure non essendo stata convenuta la forma della bocca o dell'edificio derivatore, i diritti rispettivi siano determinati dal possesso *quinquennale* (art. 620, 621).

tempo *continuo*, cioè in ogni istante o *discontinuo*; in quest'ultimo caso può essere *estiva*, cioè dall'equinozio di primavera a quello di autunno, *iemale* dall'equinozio di autunno a quello di primavera, *diurna* dal levare al tramontare del sole; *ad intervalli d'ore, giorni, settimane, mesi*, o altrimenti nei tempi determinati dalla convenzione o dal possesso. L'*uso* dell'acqua *nei giorni festivi* è regolato dalle feste di precetto, vigenti al tempo in cui l'uso fu convenuto,[1] o dall'ultimo possesso *quinquennale*. Fra più utenti la distribuzione ha luogo per *ruota*, cioè per giri o turni successivi: il tempo, che l'acqua impiega per giungere alla *bocca di derivazione* dell'utente si consuma a suo carico; e la *coda dell'acqua* (cioè quella quantità di acqua, che rimane nel canale comune distributore, inferiormente alla bocca di derivazione ultimamente aperta, quando si chiude l'*incile* del singolo utente) appartiene a quello di cui cessa il turno (art. 625); 13) *servitù di condotta d'acqua*, a traverso fondi altrui.

Modi di acquisto delle servitù. — 1) *Titolo*, cioè testamento o atti tra vivi a titolo oneroso o gratuito: l'atto tra vivi a pena di *inesistenza* dev'essere ridotto per *iscritto* (art. 1314), e *trascritto*, perchè abbia effetto rispetto ai terzi (art. 1932). Il *titolo* è il *solo* modo di costituzione delle servitù *discontinue*, o *continue* e *non apparenti*. Come *titulus adquirendi* dev'essere pure riguardata *la legge*, nei casi in cui in virtù di essa si stabilisce non una semplice *limitazione* al diritto di proprietà, ma una vera *servitù legale*.

2) *Usucapione*, in virtù della quale si possono acquistare *soltanto* le servitù *continue ed apparenti*. — Neanche la così detta prescrizione *immemorabile* giova

---

[1] In ossequio alla dottrina della irretroattività della legge si è respinta l'opinione, che nei contratti di tal natura si debba sottintendere la clausola *rebus sic stantibus*.

ad accertare, che le servitù continue e non apparenti, e le discontinue furono in origine validamente costituite: non giovano neppure le *enunciative* contenute nei titoli antichi, poichè alla mancanza del titolo non si può supplire, che con un documento, il quale contenga la ricognizione delle servitù, e provenga dal proprietario del fondo servente[1] (art. 634). Nelle servitù *affermative* il possesso legittimo, utile per l'usucapione, si computa dal giorno in cui il proprietario del fondo dominante cominciò ad esercitarli: nelle servitù *negative, ad esempio*, la *servitus altius non tollendi*, l'usucapione può cominciare *a die contradictionis*, dal giorno cioè della proibizione fatta, con atto formale, dal proprietario del fondo dominante a quello del fondo servente, per contrastargli il libero uso del medesimo (art. 631). In conformità di tale principio l'usucapione della *servitù degli scoli d'acqua* comincia dal giorno, in cui il proprietario del fondo dominante abbia fatto sul fondo servente opere visibili e permanenti destinate a raccogliere e condurre i detti scoli a proprio vantaggio; oppure dal giorno, in cui egli abbia cominciato o continuato a goderli, non ostante un atto formale di opposizione da parte del proprietario del fondo servente (art. 637).

3) *Destinazione del padre di famiglia.*[2] — Le servitù *continue e apparenti* si possono inoltre acquistare per destinazione del proprietario, che (*iure proprietatis*) ha posto i due fondi nello stato, che costituirebbe una servitù, se essi appartenessero a diversi proprietari; cessando i due fondi *per qualunque causa* (vendita, divisione, legato) di appartenere allo stesso proprietario, *senza alcuna disposizione relativa alla servitù*,

[1] Così si è voluta abolire la massima: *In antiquis enunciativa plene probant etiam in præiudicium tertii.*

[2] Vedi l'opera citata del Simoncelli.

questa s'intende stabilita a favore e sopra ciascuno dei fondi separati (art. 633): *res ita stent, ut stant.*

Modi di esercizio delle servitù. — La servitù attribuisce diritto a tutto ciò, che è necessario per usarne: così la servitù di attingere acqua nel fondo altrui comprende altresì il diritto di accesso nel fondo servente, il cui ingresso dev'essere lasciato *libero e comodo* a chi esercita il diritto di servitù (art. 639). Il proprietario del fondo dominante non può rendere più gravosa la condizione del fondo servente: se il titolo e il possesso non chiariscono i limiti della servitù, essa deve limitarsi a ciò, che è necessario per la destinazione e il conveniente uso del fondo dominante, col minore incomodo del servente. Quando non ne venga danno nè al fondo dominante, nè al servente, può essere mutato il *luogo di esercizio* della servitù (art. 640, 645, 646, 647). Il proprietario del fondo servente, salvo le contrarie stipulazioni contenute nel titolo, non è tenuto a fare le spese occorrenti per l'esercizio della servitù: *servitus in faciendo consistere nequit:* può essere obbligato a *contribuire,* soltanto, se le opere tornino di vantaggio anche a lui, e salvo anche in questo caso l'esercizio del diritto di *abbandono* (art. 640, 641, 642, 643). Pure, in via di eccezione, trattandosi di opere necessarie all'*adempimento della servitù,* il concedente di una servitù *di presa di acqua* è tenuto verso gli utenti a fare tutte le opere ordinarie e straordinarie per la derivazione e la condotta dell'acqua sino al punto, in cui ne fa la consegna: e a fine di evitare liti e frodi, è stabilita una *presunzione di colpa* a carico del concedente; onde egli è tenuto al risarcimento dei danni, ove non giustifichi, che la deficienza dell'acqua avvenne naturalmente, o per un fatto altrui, che non possa in alcun modo essere a lui nè direttamente nè indirettamente imputato (art. 649, 650).

I *Consorzi in materia di acqua* possono essere *convenzionali* o *forzati*. — I consorzi *convenzionali* si stabiliscono con adesione *per iscritto* di coloro, che hanno interesse comune alla derivazione, all'uso dell'acqua o alla bonifica dei terreni paludosi (art. 657). I consorzi *coattivi* si costituiscono sulla domanda della *maggioranza* degl'interessati, calcolata secondo l'entità degl'interessi, e sentiti i dissenzienti, quando *senza grave danno* non sia possibile la divisione dei diritti comuni: il regolamento *proposto* e *deliberato* dalla maggioranza dev'essere *approvato* dall'autorità giudiziaria (art. 659, Cod. civ.; art. 105-117, Legge sui lavori pubblici del 20 maggio 1865; Legge del 29 maggio 1873). Lo scioglimento del consorzio dev'essere deliberato da tanti che rappresentino *tre quarti* degl'interessi; può essere ordinato, anche sopra richiesta della minoranza, se la divisione può effettuarsi senza grave danno. Le regole stabilite per la comunione, la società e la divisione si applicano anche ai consorzi (art. 658, 659, 660, 661).

Modi di estinzione delle servitù. — 1) *Confusione*, la quale ha luogo quando chi è proprietario di uno dei due fondi diviene altresì proprietario dell'altro; se i due fondi tornano a separarsi per causa *preesistente* alla confusione, ad esempio per effetto di condizione risolutiva apposta al contratto di vendita e non dipendente dall'inadempimento degli obblighi assunti (*resolutio ex tunc*), la servitù rivive; invece se la confusione cessa per causa *sopravvenuta e volontaria* (*ex nunc*), la servitù non rivive, che per effetto di apposite stipulazioni relative al suo ristabilimento.[1] 2) Per *distruzione* del fondo dominante o del servente, onde le cose si tro-

[1] « Si quis ædes, quæ suis ædibus servirent, cum emisset, traditas sibi accepit, confusa sublataque servitus est; et si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est, alioquin liberæ veneunt. » (L. 30, Dig. 8, 2.)

vino in tale stato, che non se ne possa più fare uso: se le cose sono ristabilite in modo che se ne possa novamente usare, la servitù risorge, salvo che siasi già verificata la prescrizione estintiva per *non usus;* così ricostruendosi un muro o una casa, rivive la preesistente servitù *altius non tollendi;* abbattuto l'edifizio, che sorgeva tra i due fondi, ond'era affatto impossibile la servitù di *veduta,* questa rinasce, se non è estinta per prescrizione.[1] 3) Pel principio: *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis,* quando le servitù sono costituite in forza di un titolo, se vien meno il diritto del trasmettente, vien meno del pari il diritto del *causam habens:* così le servitù imposte dal marito sul fondo dotale e dall'enfiteuta sul fondo enfitèutico si estinguono per lo scioglimento del matrimonio e per l'estinzione dell'enfiteusi[2] (art. 665). Tuttavia se la risoluzione del diritto del *causam dans* ha luogo per causa *sopravvenuta* (*ex nunc*), cadono soltanto i diritti acquistati dai terzi dopo la *trascrizione* della domanda di *risoluzione, rescissione* o *revocazione:* i diritti acquistati anteriormente rimangono salvi (art. 1511, 1553, 1933, n. 3). 4) *Prescrizione estintiva per non uso:* il *trentennio* se si tratta di servitù *discontinua* comincia a decorrere dal giorno, in cui si è cessato di usarne: se si tratta di servitù *continua,* dal giorno, in cui si è fatto un atto contrario alla servitù. L'*usucapio libertatis* in favore del proprietario del fondo soggetto a una servitù *discontinua* comincia nel momento stesso del *non*

---

[1] La prescrizione estintiva delle servitù non è *sospesa* sol perchè *in fatto* il non uso è *forzato:* salvo però il diritto d'*interrompere* la prescrizione (arg. art. 2126), mercè apposita azione *dichiarativa.*

[2] Invece le servitù *acquistate* dal marito al fondo dotale e dall'enfiteuta al fondo enfiteutico non cessano per lo scioglimento del matrimonio o per l'estinzione dell'enfiteusi (art. 665).

usus; richiedesi invece un *atto positivo*[1] del proprietario del fondo servente, se trattasi di servitù continua, il cui *quasi-possesso*, in favore del proprietario del fondo dominante, si conserva fino alla *proibizione*[2] (art. 667). L'*usus* della servitù *interrompe* la prescrizione: a tale uopo si richiede però, che l'esercizio della servitù segua nel *tempo* determinato dalla convenzione o dal possesso;[3] e che sia non solo pensato e preparato con opere idonee, ma realmente *effettuato* (articoli 669, 670). — La prescrizione (*acquisitiva*) può essere titolo abile a mutare il *modo* della servitù, cioè la maniera di usarne, come se ad esempio il passaggio a piedi venga esercitato per oltre trent'anni dal lato orientale, anzichè dall'occidentale, del fondo servente[4] (art. 668).

---

[1] Tale atto dev'essere *esente da violenza o clandestinità*, e deve aver dato principio a uno stato di fatto, che sia durato per trent'anni. Notisi però che, sebbene il primo atto della proibizione sia viziato da violenza o clandestinità, l'*usucapio libertatis* può cominciare dal giorno, in cui la violenza o la clandestinità sia cessata, giusta il principio scritto nell'art. 689.

[2] La L. 6, Dig. 8, 2, illustra la distinzione suesposta a proposito delle servitù *urbane* e *rustiche*: « Si ædes tuæ ædibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum ædium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas præfixas habuero vel obstruxero; ita demum ius meum amitto, si tu per hoc tempus ædes tuas altius sublatas habueris; alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si tigni immissi ædes tuæ servitutem debent et ego exemero tignum, ita demum amitto ius meum, si tu foramen, unde exemptum est tignum, octuraveris et per constitutum tempus ita habueris; alioquin si nihil novi feceris, integrum ius meum permanet. »

[3] Non sarebbe interrotta la prescrizione della servitù di presa di acqua *diurna* dal fatto, che l'acqua fosse stata invece dedotta di notte.

[4] Notisi però che se per tal modo la servitù cambiasse *nomen iuris* e cadesse sopra altro oggetto, come *si quis alia aqua usus est, quam de qua in servitute imposita actum est*, non si tratterebbe più del modo della servitù preesistente, ma di una servitù affatto nuova e diversa: dopo trent'anni la prima sarebbe perduta per *non usus*, e la seconda non si sarebbe acquistata per *usucapione*, qualora fosse discontinua, oppure continua e non apparente.

§ 52. — Diritto di superficie.

Il diritto di superficie può definirsi: « un diritto reale *alienabile* e trasmissibile agli eredi, in virtù del quale si ha in perpetuo o almeno per lungo tempo il pieno e illimitato godimento di tutta o di parte determinata della *superficie* (tutto ciò che trovasi al disopra del suolo; *costruzioni*) di una cosa *immobile altrui*.[1] » Il nostro Codice non parla del diritto di superficie, nè possono i piani superiori riguardarsi come *superficies* dei sottostanti, a cagione dell'ammessa *comunione* dei muri maestri, delle scale ec.; da ciò si è tratto argomento per sostenere che la legislazione italiana non riconosce più il diritto di superficie e che i casi di superficie siano invece casi di proprietà *separata*: non pare che tale opinione sia conforme alla storia e al sistema del nostro diritto civile. Nella pratica giuridica ricorre spesso l'applicazione del diritto di superficie nei casi di *concessioni pubbliche*; specie rispetto alle strade ferrate e alle rotaie dei tramways, se le società costruttrici non abbiano acquistata la proprietà del suolo. Il superficiario è obbligato a pagare un'annua prestazione (*solarium, pensio*). Il diritto di superficie si acquista per *titolo* e per *usucapione*: si estingue nei modi stabiliti per l'enfiteusi, e per le servitù; e specialmente per l'*interitus* dell'*edificio* o altra costruzione sovrastante. Pure a differenza delle servitù, il diritto di superficie è trasmissibile per atti tra vivi e a causa di morte; e a differenza dell'enfiteusi, che cade sul *suolo* e non sulla *superficie*, esso non si estingue colla *devoluzione ob canones non solutos*, bensì per effetto della condizione risolutiva tacita (art. 1165).

§ 53. — Enfiteusi.

L'enfiteusi nel diritto italiano vigente attribuisce al concessionario la *proprietà* del fondo coll'obbligo di mi-

---

[1] SERAFINI, *Istit. di diritto romano*, § 90.

gliorarlo, salvo un *diritto reale* in favore del concedente, che ha diritto a un annuo *canone* in denaro o in derrate.[1] Così non è stata ripristinata l'enfiteusi romana, nè mantenuto l'ibridismo dei due *dominii*, l'uno *diretto*, attribuito al concedente, l'altro *utile*, all'enfiteuta. L'enfiteuta fa suoi tutti i prodotti del fondo; ed *anche* il *tesoro* e le *miniere*, che si scoprano nel fondo enfiteutico, sebbene non possano riguardarsi come *frutti*. A differenza dell'affittuario non può pretendere alcuna remissione per qualunque sterilità o perdita di frutti: può *alienare* il suo dominio utile, senza essere più tenuto a pagare il *laudemio* (50ª parte del prezzo) al concedente, *in recognitionem dominii:* ma dall'alienazione del dominio utile differisce la *subenfiteusi*, la quale non è più ammessa. Pur essendosi spogliata di ogni elemento feudale, l'enfiteusi, in ossequio a una malintesa libertà dei fondi, è sempre *affrancabile*, non ostante qualunque patto in contrario: l'affrancazione ha luogo, mediante il pagamento di un capitale in denaro corrispondente all'annuo canone sulla base dell'interesse legale o al valore dello stesso canone, se è in derrate, sulla base del prezzo medio di queste negli ultimi dieci anni. Il concedente può d'altra parte domandare la *devoluzione*, se dopo una legittima *interpellazione* l'enfiteuta non ha pagato il canone per *due* anni consecutivi (*ob canones non solutos*); oppure deteriora il fondo o non adempie l'obbligazione di migliorarlo. Nel caso di devoluzione l'enfiteuta ha diritto a compenso pei miglio-

---

[1] Sull'indole dell'enfiteusi nel diritto italiano vigente, sono assai discordi le opinioni; vedi COLAMARINO, *Cont. di enfiteusi;* DE CRESCENZO nel *Foro italiano*, 1881; GIANTURCO, Pref. alle *Ist. di diritto civ.* pag. XVI; SIMONCELLI, *L'enfiteusi*, 1888. Notisi che la *colonia perpetua* venne distinta dall'enfiteusi nell'antico diritto, e che per le leggi eversive della feudalità è divenuta nel mezzogiorno d'Italia una mera *rendita fondiaria;* vedi RINALDI, *Delle colonie perpetue.*

ramenti: il compenso consiste nella somma minore fra lo speso e il migliorato, se la devoluzione è avvenuta per *colpa dell' enfiteuta:* se invece è avvenuta per la scadenza del termine, trattandosi di enfiteusi *temporanea,* il compenso è dovuto in ragione del valore dei miglioramenti al tempo del rilascio (art. 1556 a 1567).

Le enfiteusi costituite sotto l'impero delle vecchie leggi sono regolate da esse: però, al pari di quelle costituite sotto l'impero del nuovo Codice, per ragioni di diritto pubblico sono *affrancabili,* e si trasmettono agli eredi non secondo le *vocazioni pazionate* o *pattizie,* ma secondo le ordinarie regole di successione testamentarie, e *ab intestato* (art. 29, 30, 31, 32, Disp. trans.).

DIRITTO DELLE OBBLIGAZIONI.

§ 54. — Nozioni generali.

È notissima la definizione romana: *obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendæ rei, secundum nostræ civitatis iura* (*Pr. Inst.* 3, 13). Il *contenuto* proprio dell'obbligazione non consiste nell'acquisto della proprietà o di un diritto reale, ma nel *fatto* del *debitore*, tenuto a *dare* o a *fare*, oppure obbligato a un'*omissione* (§ 41).

Le *fonti* dell'obbligazione sono la *legge* e il *fatto dell'uomo*: questo può essere *lecito* o *illecito*. Il fatto *lecito* può a sua volta costituire un *contratto* o un *quasi-contratto*, e l'*illecito* costituire un *delitto* o un *quasi-delitto*.

§ 55. — Del contratto. — Nozione e specie.

Il contratto è l'accordo di due o più volontà coll'intento di costituire, modificare o sciogliere un vincolo *di diritto* (*duorum vel plurium in idem placitum consensus animo contrahendæ obligationis*). Di conseguenza la semplice promessa *unilaterale* (*pollicitatio*) non è obbligatoria, e puo essere revocata, finchè non sia accettata dall'altra parte (art. 1057, 1° comma).[1]

---

[1] Sui contratti fra persone lontane veggansi gli articoli 36, 37 e 38 del Codice di commercio, i quali, risolvendo una grave e annosa disputa, sanciscono che il contratto *bilaterale* di regola è *perfetto* non nel momento dell'*accettazione*, ma in quello, in cui essa viene *notificata* al proponente: nei contratti *unilaterali* invece le promesse sono obbligatorie tostochè giungano a notizia della parte cui sono fatte.

I contratti si distinguono in:

1) *bilaterali* (sinallagmatici) e *unilaterali*, secondochè ciascuna delle parti assume obblighi verso dell'altra (esempio la vendita), oppure gli obblighi sono assunti da una parte soltanto (esempio la donazione, il mutuo). I contratti bilaterali possono essere risoluti per inadempimento degli obblighi, poichè loro inerisce una *condizione risolutiva tacita:* essi partoriscono sempre *due azioni*, mentre gli unilaterali ne generano *una sola;* e anche nei così detti contratti *imperfettamente unilaterali* una sola azione è *diretta* e *coeva* al contratto, l'altra sorge solo *accidentalmente* e per cause *sopravvenute* (actio mandati, depositi, vel commodati *contraria*) (art. 1165);

2) a *titolo oneroso* o *gratuito*, secondochè gli obblighi assunti hanno o no un corrispettivo: vi ha tuttavia forme di contratti onerosi *miste cum donatione*, donazioni *sub modo* (con peso), e *rimuneratorie*. Tale distinzione importa soprattutto per decidere delle condizioni di ammissibilità dell'azione *Pauliana*, o *revocatoria* degli atti compiuti in *frode* dei creditori (articolo 1235);

3) *corrispettivi* o *aleatorii*, secondochè il vantaggio di una delle parti o di entrambe dipende da un avvenimento *certo* o *incerto* (art. 1102): esempio, *emptio spei, emptio rei speratæ:* la distinzione è importante circa l'obbligo della *garentia* e la *rescissione* (art. 1485, 1040);

4) *nominati* o *innominati*, secondochè hanno un particolare *nomen iuris* (ad esempio la vendita, il mutuo), oppure rientrano nelle categorie generali: *do ut des, do ut facias, facio ut facias, facio ut des:* oggidì tutti i contratti, nominati e innominati, sono disciplinati dalle medesime regole generali;

5) *solenni* e *non solenni*, secondochè la legge richiede, come condizione essenziale per l'*esistenza* del

contratto, una certa *forma:* così per la donazione, pel contratto di matrimonio e per l'atto esecutivo della separazione della dote è richiesto a pena d'inesistenza l'*atto pubblico:* e pei contratti indicati nell'art. 1314 è essenziale l'*atto scritto*, pubblico o privato. In tali casi, la scrittura è richiesta *solemnitatis causa; forma dat esse rei:* quindi a differenza dei casi, in cui è richiesta *probationis causa*, poichè il valore del rapporto giuridico supera le *cinquecento* lire, qui non giova a dare vita al contratto inesistente la confessione del convenuto, nè gli si può deferire un giuramento decisorio, che sarebbe affatto frustraneo;

6) *principali* ed *accessorii*, quali il *pegno*, la *fideiussione*, l'*ipoteca*, che presuppongono l'esistenza di un contratto principale, di cui di regola seguono le sorti: *accessorium sequitur suum principale.*

§ 56. — **Requisiti dei contratti.**

In ogni negozio giuridico v'ha requisiti *essentialia* (all'*esistenza* o alla *validità*), mancando i quali l'atto non esiste o può essere annullato; *naturalia*, che si sottintendono, sebbene non stipulati (ad esempio, l'obbligo della garentia nella vendita, art. 1482), ma che possono mancare senza che l'atto venga infirmato o snaturato; *accidentalia*, che devono essere stipulati espressamente o tacitamente, ad esempio, il *termine*, la *condizione*.

Secondo i principii razionali, i requisiti *essenziali* per l'*esistenza* delle convenzioni sono il *consenso*, l'*oggetto* (la *causa* si comprende ora nel consenso, ora nell'obbietto) e la *forma scritta*, pubblica o privata, nei casi, in cui è richiesta *solemnitatis causa*. Requisiti essenziali per la *validità*, sono la *capacità dei contraenti*

e il *consenso valido:* mancando i quali, il contratto non è *inesistente,* come nei primi casi, ma *annullabile.* Pure il nostro Codice, per difetto di sistema, considera, come requisiti *essenziali per la validità del contratto,* la capacità di contrattare, il consenso valido dei contraenti, un oggetto determinato, che possa essere materia di convenzione, una causa lecita per obbligarsi (art. 1104).

1) *Capacità dei contraenti.* — *Di regola* tutti sono capaci di contrattare: sono *incapaci* per espressa disposizione di legge i minori e gl'interdetti per *tutti i contratti;* sono *limitatamente* incapaci le donne maritate, i minori emancipati e gl'inabilitati. Le nullità derivanti da incapacità dei contraenti, salvo quella derivante dall'interdizione *legale,* che per motivi di ordine pubblico viene considerata come una pena accessoria, sono tutte *relative;* improponibili cioè dal contraente capace, pel principio: *nemo debet esse ignarus conditionis eius, cum quo contrahit* (art. 1107).

2) *Oggetto del contratto.* — La prestazione dedotta nel contratto dev'essere: *a*) in commercio; *b*) *possibile* (*impossibilium nulla obligatio*): il semplice *incommodum promissoris,* e in generale l'impossibilità *relativa* non vizia l'obbligazione;[1] *c*) *determinata* o almeno *determinabile, arbitrio boni viri* o *per relationem* (art. 1454); il *genus summum,* ad esempio, l'obbligo di prestare *un animale,* per la sua sconfinata generalità, non può essere obbietto di contratto; *d*) *lecita,* cioè non contraria al diritto pubblico, nè ai buoni costumi; *e*) deve consistere in un *fatto* del *debitore:* è nulla la promessa del *fatto del terzo,* ammenochè essa non implichi l'obbligo del debitore d'indurre il

---

[1] « Si ab eo stipulatus sum, qui efficere non possit, quum alii possibile sit, iure rectam obligationem Sabinus scribit. » (L. 137, § 5, Dig. 45, 1.)

terzo a fare o non fare;[1] *f*) non si può stipulare *in vantaggio del terzo*, ammenochè lo stipulante non sia mandatario di lui; nel qual caso il contratto si stringe direttamente fra il terzo mandante e l'altro contraente. Pure è valida la stipulazione in pro del terzo, se lo stipulante abbia *anche un proprio interesse giuridico*, che la prestazione si faccia: così, se chi ha promesso il fatto del terzo (ad esempio, del minore, la cui casa è stata venduta dai condomini), l'ottenga in favore di colui, col quale ha stipulato, a fine d'evitare il pagamento dei danni; se il vantaggio del terzo formi *condizione* di una donazione, che lo stipulante fa ad altri, ad esempio, una donazione col peso di prestare gli alimenti a una terza persona; se il vantaggio del terzo formi *condizione* di una stipulazione, che lo stipulante fa per sè stesso, come se egli abbia venduto la casa col patto, che il compratore la lochi ai suoi figli. Però anche nei casi suddetti la stipulazione in pro del terzo (*pollicitatio*), può essere revocata d'accordo dai contraenti, finchè il terzo non abbia dichiarato di volerne profittare (art. 1128).

3) *Causa dei contratti*, cioè il *motivo giuridicamente sufficiente*, che ha indotto le parti a contrattare. — Nei contratti *onerosi* essa consiste nella *controprestazione* dell'altra parte, in quelli a *titolo gratuito* sta nello spirito di *liberalità* del donante. La causa, fine *immediato* e *primario*, è il *cur debeatur* del contratto; affatto diverso dalla *quœnam occasio debendi*, fine *mediato e secondario*, motivo interno, la cui mancanza, se non sia posto come *condizione*, non inficia il contratto. L'obbligazione, che manchi di causa, o sia fondata sopra una causa *falsa* o *illecita*, non può avere

[1] « Si quis alium daturum, facturumve spoponderit, non obligabitur, veluti si spondeat Titium quinque aureos daturum: quod si effecturum se, ut Titius daret, spoponderit, obligatur. » (§ 3, *Ist.*, 20, 3.)

alcun effetto: però l' atto, che manchi dell' *indicazione* della causa, è valido, poichè la causa *si presume*, finchè *il debitore* non provi che manchi, oppure sia falsa o illecita.[1]

4) *Consenso valido*, non viziato cioè nè da *violenza*, nè da *errore*, nè da *dolo*. — La volontà del subbietto dev' essere *seria*, non *ioci causa*: essa può manifestarsi *espressamente*,[2] o *tacitamente* per *facta concludentia*: però il silenzio non equivale a consenso, fuorchè quando chi tace *poteva* e *doveva* dissentire: *qui tacet, quum loqui potuit et debuit, consentire videtur*. — A) La *violenza* può essere *absoluta*, allorquando *materialmente* soltanto il violentato prenda parte al contratto; oppure *compulsiva*, se la volontà si determini (*volui, etsi coactus volui*) in seguito al *timore* (*metus*): nel primo caso il contratto è *inesistente*, nel secondo è *annullabile*. In ogni caso però il *metus* dev' essere *maioris malitatis* (male notevole), *præsens* (*non tantum suspicio*), e tale da fare impressione su persona sennata, avuto pure riguardo alle circostanze individuali (art. 1112). Il male minacciato al coniuge, ai discendenti e agli ascendenti legittimi e naturali del violentato viene, per presunzione *iuris et de iure*, considerato come minacciato alla stessa persona del violentato: se il male è minacciato ad altri congiunti o ad estranei, il giudice deciderà della influenza della minaccia sulla volontà del violentato secondo le particolari circostanze (art. 1113). Il timore vizia il consenso, sebbene

---

[1] Così è valida la polizza, con cui Tizio siasi obbligato di pagare a Caio 1000 lire, senza dichiarare di doverle a titolo di deposito, di mutuo o altrimenti: l' atto può tuttavia essere invalidato, se si provi che la somma fu promessa per causa illecita, ad esempio perchè Caio commettesse o si astenesse dal commettere un reato.

[2] Sulla volontà e la determinazione della volontà, vedi la *Prolusione* del prof. V. SCIALOJA, 1885.

non sia stato inferito dalla persona, in favore della quale fu stretto il contratto: *exceptio metus in rem* (art. 1111). — B) L'*errore* consiste in una falsa o inesatta cognizione: però i soli errori, che viziano il consenso sono quelli, che cadono sopra condizioni *sine qua non* del consenso medesimo, o sopra *essentialia negotii*, quali l'*error in negotio*,[1] l'*error in substantia* (art. 1110); l'*errore di diritto* e l'*error in persona*, se la considerazione della persona o del diritto, che erroneamente si reputa vigente, fu la causa unica o principale dell'atto (ad esempio, la donazione e la locazione di opera, che si contraggono sempre *intuitu personæ*, a differenza della vendita, della locazione delle cose ec.). All'incontro non viziano il consenso l'*error incidens* intorno alle qualità accidentali della cosa; nè l'errore sui *motivi* (*quœnam occasio*, causa *impulsiva*) del contratto. — C) Il dolo, comprende ogni inganno usato contro l'altro contraente: *omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita* (L. 7, § 52, Dig. 4, 3). Importa distinguere il *dolus causam dans*, non intervenendo il quale, l'atto non si sarebbe fatto, e che ne produce la *nullità;* dal *dolus incidens*, senza del quale l'atto si sarebbe fatto egualmente, ma a migliori condizioni: in quest'ultimo caso l'altro contraente ha diritto solamente ad essere risarcito dei danni. A differenza dei contratti viziati da violenza, quelli infetti da dolo non possono essere annullati, se il dolo non fu adoperato dall'altro contraente o da un suo mandatario, ma dal terzo: *exceptio in personam* (art. 1115).[2] Notisi però, che la cosa passata in possesso dell'ingannatore e da lui trasferita ai terzi, può essere

[1] L. 57, Dig. 44, 7.

[2] Vedi sulle ragioni che si sogliono addurre per giustificare tale differenza, e pel più ampio svolgimento di tutta la dottrina del consenso le mie *Istituzioni* (Sistema), § 49, 50.

revindicata anche contro questi con un'*azione reale*, pel principio *resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis* (arg. a contrario art. 1933, n. 3).

§ 57. — Effetti dei contratti.

I contratti legalmente conchiusi non si possono dissolvere per volontà di una sola delle parti,[1] ma per *mutuo consenso*[2] o per cause autorizzate dalla legge. I contratti non hanno effetto, che fra le parti contraenti e i loro successori *a titolo universale*:[3] *res inter alios acta tertio neque prodest, neque nocet* (art. 1130, 1127). Se il contratto ha per obbietto la trasmissione della proprietà o di un diritto reale, il semplice consenso basta *fra le parti* a operare la trasmissione:[4] la *tradizione* è soltanto *titolo di preferenza* fra più acquirenti della *medesima cosa mobile per natura* o di titoli al portatore dal *medesimo causam dans*[5] (art. 1125, 1126).

---

[1] Salvo i casi previsti dagli articoli 1641, 1758, 1733.

[2] Neppure il mutuo consenso basta a sciogliere o modificare le convenzioni matrimoniali, durante il matrimonio (art. 1385, 1441).

[3] Notisi però che i contratti, conchiusi *intuitu personæ*, si sciolgono per la *morte:* onde non passano agli eredi, in difetto di apposite stipulazioni (art. 1642, 1653, 1729).

[4] Nel diritto romano valeva invece la massima: *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur:* prima della tradizione i creditori del venditore potevano sequestrare ed espropriare la cosa venduta; il compratore non aveva la *reivindicatio* contro i terzi, e neanche contro il venditore, al quale doveva richiedere il rilascio o la consegna con l'*actio* (*personalis*) *ex contractu.*

[5] Fra più acquirenti del medesimo *immobile* è titolo di preferenza la *trascrizione* nei registri pubblici; fra più cessionari dello stesso credito (*mobile per determinazione della legge*) è preferito chi prima ha denunziato la cessione al debitore ceduto, oppure ha da lui ottenuta l'accettazione per atto autentico (art. 1539).

§ 58. — Interpetrazione dei contratti.

Le regole dell' interpetrazione dei contratti, raccolte negli art. 1131 e segg., sono il commento del frammento di Ulpiano: «Semper in stipulationibus et in ceteris contractibus id sequimur *quod actum sit;*[1] aut si non pareat quod actum est, erit consequens, ut id sequamur *quod in regione, in qua actum est, frequentatur.* Quid ergo, si neque regionis mos appareat, quia varius fuit? Ad id quod *minimum* est redigenda summa est.» (L. 34, Dig. 50, 17).

§ 59. — Dei quasi-contratti.

Il *quasi-contratto* deriva da un fatto volontario e *lecito,* che *senza alcuna precedente relazione giuridica* fra le parti, produce un' obbligazione a carico dell' una o dell' altra, oppure di entrambe. Tale obbligazione è fondata sull' equità, la quale non consente che alcuno si arricchisca col danno altrui: *nemo locupletari debet aliena iactura.* I quasi-contratti, riconosciuti espressamente tali dal Codice civile, sono la *gestio negotiorum* e la *condictio indebiti.*

A) Chi gerisce l' altrui affare, senza essere obbli-

---

[1] All'uopo le clausole debbono interpetrarsi l'una in relazione all'altra (art. 1136); le clausole *di stile* non hanno influenza nella interpetrazione della volontà delle parti: le parole che hanno due sensi debbono essere intese nel senso più confacente alla materia del contratto (art. 1133), e *magis ut actus valeat, quam pereat* (articolo 1132): il dubbio si risolve contro chi ha stipulato (*interpetratio contra stipulatorem*) e in vantaggio di chi ha assunto l'obbligazione; nei contratti bilaterali ciascuno dei contraenti è stipulatore a sua volta, e s'interpetrano contro di lui le clausole che determinano e regolano le obbligazioni dell'altra parte (art. 1137).

gato *nè dalla legge nè dal mandato*, è tenuto alle medesime obbligazioni del mandatario: d'altra parte se la *gestio* è stata *utilis*, il *dominus* è obbligato per virtù dell'*actio negotiorum gestorum contraria* a prestare al *gestor* le spese fatte per l'amministrazione, oltre gl'interessi dal giorno, in cui furono fatte, e a tenerlo indenne delle obbligazioni assunte in proprio nome.[1] Perchè sia data al *gestor* l'azione *contraria*, occorre però: 1) che tra l'affare gerito e quelli del *dominus* vi sia una relazione *obbiettiva*: onde se comprassi una nave o un carico di grano non potrei pretendere di averli acquistati, come gestore dell'editore Barbèra; 2) che la spesa sia stata *utile, almeno* nel tempo in cui fu erogata, e secondo le ordinarie *previsioni*;[2] 3) che sia stata fatta coll'intenzione di ripeterla, e non *donandi animo*;[3] 4) col proposito di fare l'affare *altrui* e non il *proprio*: onde se il ladro « circa res meas aliquid impenderit, non in id, quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem. » (L. 6, § 3, Dig. *De negot. gest.*, 3, 5.)

B) La *ripetizione dell'indebito* ha luogo, *non solum*

[1] La *gestio* differisce per più rispetti dal *mandato* e dalla *versio in rem*: 1) L'*actio de in rem verso* (azione d'indebito arricchimento) tende soltanto alla restituzione di ciò, di cui una parte si trova arricchita a danno dell'altra *nel tempo della domanda giudiziale: non est versum, si non durat versum;* 2) il mandato non può essere conferito che da persona capace di contrattare, mentre la *gestio* può esercitarsi anche in pro dell'incapace; 3) l'uno non può provarsi per testimoni oltre le 500 lire, l'altra può sempre provarsi *per testes* per qualunque somma, ec.

[2] « Sufficit si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium; et ideo si insulam fulsit, vel servum ægrotum curavit, etiam si insula exusta est, vel servus obiit, aget negotiorum gestorum; idque et Labeo probat. » (L. 10, § 1, Dig. *De negot. gest.*, 3, 5.)

[3] « Titium, si pietatis respectu sororis aluit filiam, actionem contra eam hoc nomine non habere respondi. » (L. 27, § 1, Dig. *De negot. gest.*, 3, 5.)

si omnino non debeatur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam (esempio, l'eccezione di prescrizione, di cosa giudicata) *peti non poterit* (L. 26, § 3, Dig. 12, 6); oppure se il debito gravava sopra persona diversa da quella, che ha fatto il pagamento.[1] — La *condictio* suppone, che il pagamento sia stato fatto a persona *capace*[2] e per *errore* circa l'inesistenza del debito:[3] essa tende a ottenere da chi ha ricevuto il pagamento o dai *terzi acquirenti* con azione *reale* (arg. art. 1933, n. 3) la restituzione della cosa indebitamente pagata o del *tantumdem in eadem qualitate et quantitate;* ed anche i frutti e gl'interessi, dal dì del pagamento, se chi lo ha ricevuto era in *mala fede.* La ripetizione è tuttavia inammissibile, se chi ha ricevuto il pagamento si è *in buona fede* privato del titolo e delle cautele relative al credito (art. 1145, 1146).

§ 60. — Atti illeciti. — Delitti e quasi-delitti.

L'atto *illecito* presuppone la *violazione del diritto altrui,* o liberamente voluta (atto *doloso, delitto*), o tale, che adoperando la necessaria diligenza, la si poteva prevedere (atto *colposo, quasi-delitto*). Di qui deriva: 1) che non è illecito l'esercizio del diritto proprio, quando anche ne derivi danno ad altri (*qui iure suo utitur nemini facit iniuriam*): così chi uccide *per le-*

---

[1] « Quamvis *debitum sibi* quis recipiat, tamen si is qui dat non debitum dat, repetitio competit. » (L. 19, § 1, Dig. 12, 6.)

[2] Contro l'incapace che ha ricevuto il pagamento indebito si può sperimentare soltanto l' *actio de in rem verso.*

[3] Se chi ha pagato *conosceva,* che il debito era inesistente, si applica la massima: *Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est;* ammenochè chi ha ricevuto il pagamento non sia un figlio incestuoso o adulterino o altro incapace di ricevere per *donazione.*

gittima difesa non commette reato, nè delitto *civile*;[1] 2) che gli atti del demente e del fanciullo al di sotto dei nove anni (art. 88, Cod. pen. nap.) non costituiscono reati, nè delitti civili; 3) perchè l'atto sia *civilmente illecito* e dia luogo a risarcimento di danni, deve aver prodotto *danno materiale* o *morale*;[2] 4) non vi ha diritto a risarcimento di danni, se la lesione non è stata prodotta dall'opera dell'uomo, ma da caso fortuito o da forza maggiore: *casum sentit dominus*.[3]

Responsabilità per fatti altrui. — Costituisce *quasi-delitto* anche l'aver trascurato d'invigilare sopra persone, sulle quali si aveva una *potestà di diritto o di fatto*. Infatti il padre e dopo la sua morte e in sua assenza la madre sono responsabili dei danni commessi dai figli *minori coabitanti* con essi; i padroni e i committenti sono responsabili pei danni cagionati dai loro domestici o commessi *nell'esercizio delle incombenze loro affidate*, o *a causa* del servizio:[4] i precettori, in-

[1] A tale principio si può rannodare la dottrina, secondo la quale lo Stato non risponde del danno, che derivi dai suoi atti d'*imperio*, e risponde invece degli atti di *gestione*. Vedi Bonasi nella *Rivista* di Schupfer e Fusinato, 1886. Chironi, *La colpa nel diritto odierno, passim*.

[2] Di qui è chiaro che i reati mancati e tentati, il porto d'arme, ec. costituiscono delitti *penali* e non delitti *civili*, poichè manca il *danno privato*.

[3] Riconosciute inapplicabili ai *danni di guerra* le disposizioni della *lex Rhodia de iactu*, la pratica giuridica, in mancanza di legge scritta, li ha regolati secondo il principio suesposto; distinguendo cioè i danni derivati immediatamente dalla *conflagrazione bellica*, cui si applica il principio: *Casum sentit dominus*, da quelli derivati da preparativi e apparecchi ordinati dai comandanti militari, il cui risarcimento è a carico dello Stato.

[4] La quistione della responsabilità dei padroni e dei committenti è strettamente connessa a tutta la legislazione *sociale*. I primi disegni di legge sugl'infortunii del lavoro stabilivano una *presunzione di colpa*, a carico dei padroni e committenti; onde, per esimersi dalla responsabilità, sarebbe spettato a loro e non all'operaio danneggiato dimostrare che il danno seguì per caso fortuito o per impreveg-

caricati *permanentemente* dell' istruzione e dell' educazione dei giovani, e gli artigiani sono responsabili dei danni commessi dai loro allievi durante il tempo che si trovano sotto la loro vigilanza. Le suddette persone *civilmente responsabili* possono essere chiamate nel procedimento penale, o intervenirvi spontaneamente: per ciò, che concerne il loro interesse civile, la legge accorda loro gli stessi beneficii concessi per la difesa agl' imputati o accusati art. 556, Proc. pen.). Ogni responsabilità per fatto altrui cessa, quando i genitori, i tutori, i precettori e gli artigiani provino, che non ostante la necessaria diligenza, essi non hanno potuto impedire il fatto, di cui dovrebbero rispondere: non cessa invece la responsabilità dei padroni e dei committenti, poichè *mala electio est in culpa*[1] (art. 1153).

Responsabilità pei danni cagionati dalla ruina di un edificio o da animali. — Il proprietario d' un edificio è responsabile del danno cagionato dalla rovina di esso, se derivi da mancanza di riparazioni o da vizio di costruzione, salvo, se vi è luogo, il regresso contro l' architetto o l' imprenditore (art. 1155, 1639). — Il proprietario di un animale, o chi se ne serve, pel tempo, in cui se ne serve, è obbligato pel danno cagionato dal medesimo sia nel tempo, in cui si trova sotto la sua

---

genza dell' operaio medesimo. Vedi per la storia della quistione, anche nelle sue attinenze col diritto pubblico e cogl' istituti di assicurazione, UGO MAZZOLA, *L'assicurazione degli operai*, 1885; G. FUSINATO, nella *Rivista* di Schupfer, 1887. Ma è prevalso nella legge del 31 marzo 1898 il concetto più esatto e fecondo, che l' infortunio debba considerarsi come uno dei *rischi dell' intrapresa*, contro i quali l' operaio dev' essere garentito mercè l' assicurazione *obbligatoria*.

[1] Notisi che la responsabilità per fatto altrui è *di stretto diritto*: onde non ha luogo nel diritto vigente l'*actio de effusis et deiectis*, nè quella contro il marito pei danni cagionati dalla moglie, nè l' altra infine contro i Comuni pei danni cagionati da attruppamenti di persone per fine di ribellione o di rapina: nei casi suddetti è data soltanto l' azione diretta contro gli *autori* del danno.

custodia, sia quando sia fuggito o smarrito (art. 1154): notisi, che nel diritto vigente il proprietario non può liberarsi dalla responsabilità colla *noxæ deditio*, cioè coll' *abbandono* dell' animale.

Gli autori e i complici del medesimo delitto o quasi-delitto sono tenuti *in solido* al risarcimento dei danni, e alle spese verso l' erario dello Stato. I modi di estinzione dell' *azione* e della *condanna penale* sono di regola affatto indipendenti dai modi di estinzione dell' azione civile nascente dal reato e dalle relative condanne (articoli 102 e 103, Cod. pen.).

§ 61. — Delle diverse specie di obbligazioni.

Rispetto alle *modalità*, che accedono alle obbligazioni, esse si distinguono in *condizionali*, a *termine*, *alternative*, *solidali*, *divisibili*, *indivisibili*: rispetto all' *efficacia* del vincolo obbligatorio e all' *azione*, che ne deriva, sono *naturali o civili*.

§ 62. — Delle obbligazioni condizionali.

La *condizione* è un avvenimento *futuro* e *incerto*, dal quale si fa dipendere l' *esistenza* o la *fine* di un diritto (art. 1157): di conseguenza non sono vere condizioni quelle *in præsens vel in preteritum relatæ*,[1] quelle che *omnimodo exstituræ sunt*, nè le così dette *conditiones iuris*, cioè presupposti *legali estrinseci* per l' acquisto e l' esercizio di un diritto.

Specie delle condizioni. — Esse si distinguono in: 1) *potestative, casuali e miste*, secondochè il loro adempimento dipende dalla volontà di chi ha il diritto condi-

[1] « Quæ enim per rerum naturam sunt certa non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint » (§ 6, *Istit.*, 3, 5): in tali casi la condizione *aut perimit obligationem*, *aut omnino non differt*.

zionato (*se domani salirai sul Campidoglio*),[1] o non ne dipende affatto (*se domani pioverà*), o dipende a un tempo da quella e da una circostanza ad essa estranea, come la volontà di un terzo o il caso (*se sarai eletto deputato*); 2) *sospensive* o *risolutive*, secondochè sospendono la perfezione e il principio (*sit tibi empta domus, si navis ex Asia venerit*), opporre la fine e la risoluzione dell' atto giuridico (*emptio venditio sub conditione resolvitur, si navis ex Asia venerit*). Salvo i casi, in cui la legge ha stabilito speciali presunzioni *iuris* (art. 1453), la quistione, se una condizione debba riguardarsi, come *sospensiva* o *risolutiva*, deve decidersi non secondo regole e categorie *astratte*, ma interpetrando l' intenzione delle parti. — *Conditio pendet.* Se l' atto è sotto condizione risolutiva è incerto, se esso avrà fine o continuerà ad essere efficace: nel frattempo chi ha un diritto *condizionatamente risolubile* lo può far valere come un diritto *incondizionato*. All'incontro, se l' atto è sottoposto a condizione sospensiva è incerto, se si fonderà definitivamente: finchè non si verifichi la condizione, *nihil interim debetur*. Di conseguenza *sub conditione debitum, per errorem solutum, pendente quidem conditione repetitur*; la prescrizione non corre contro chi ha un diritto condizionato, *actioni nondum natæ non præscribitur* (art. 2120): il creditore può tuttavia, *pendente conditione*, esercitare tutti gli atti *conservativi* del suo diritto, tendenti cioè a impedirne l' estinzione, a conservarne la prova e a procurarne l'adempimento, se la condizione si verificherà. — *Conditio extitit aut deficit.* La condizione può essere adempita *prout verba sonant* o *per æquipollens*, nel

---

[1] Le condizioni *potestative* si dividono alla loro volta in *pure e proprie*, dipendenti cioè dalla *mera voluntas* dell'obbligato (*si volam*), le quali rendono nullo il contratto; e *impure e improprie*, consistenti *non in mera voluntate, sed in facto a voluntate pendente* (art. 1162, 1453).

modo verosimilmente voluto dalle parti.[1] La condizione *si ha per adempita*, se colui, al quale l'adempimento recherebbe danno, lo ha a disegno impedito (art. 1169); oppure se all'adempimento si opponga un ostacolo invincibile, o il diniego del terzo nelle condizioni *miste*; ammenochè le parti ebbero in mente non di sperimentare la *buona volontà* d'una di esse, ma di ottenere l'effettivo adempimento del fatto posto in condizione. — *Effetti dell'adempimento.* L'adempimento della condizione « retrotrahitur ad initium negotii: quum enim semel conditio extitit, perinde habetur ac si illo tempore, quo stipulatio, sine conditione facta esset » (L. 11, § 1, Dig. 20, 4; art. 1170): quindi cadono e si risolvono tutti i diritti acquistati nel frattempo dai terzi, ad esempio, le ipoteche e le servitù costituite sull'immobile, pel principio: *resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis*.[2]

---

[1] Di conseguenza dev'essere adempita *nel tempo convenuto* e per *intero: verius est, ut conditionem scindere non possit,* ammenochè non vi sia stipulazione, che consenta la *divisione* della condizione o il suo adempimento in tempo diverso.

[2] Affatto diverso è l'effetto del *patto commissorio* o *condizione risolutiva tacita, sottintesa,* nei contratti bilaterali (art. 1165), la quale non è una vera *condizione,* ma una *conseguenza dell'inadempimento.* Infatti: 1) i diritti acquistati dai terzi *prima* della trascrizione della domanda di risoluzione rimangono fermi; 2) la risoluzione dev'essere *pronunziata dal magistrato,* il quale potrebbe *invece* in materia *civile* accordare una dilazione all'inadempiente: all'opposto le vere condizioni operano di *diritto* e anche *contro il volere* del creditore; se egli persiste a voler fermo il contratto precedente si avrà un *nuovo* contratto; 3) la risoluzione per effetto del patto commissorio non può essere opposta ai terzi, nè da loro invocata, finchè non sia pronunziata: *il fatto dell'inadempimento* non basta, come nelle vere condizioni (art. 1553, 1933, n. 3).

§ 63. — Delle obbligazioni a termine.

Il termine (*dies*) apposto all'obbligazione, a differenza della condizione,[1] non la sospende, ma soltanto ne ritarda l'esecuzione (art. 1172): *præsens obligatio est, in diem autem dilata solutio*. Il termine può essere *espresso* o *tacito*, derivante cioè dalla *qualità* dell'obbligazione, dal *modo*, con cui dev'essere eseguita, o dal *luogo* dell'esecuzione[2] (art. 1173). Pel computo del tempo si distingue la *computazione naturale* (*de momento ad momentum*), secondo cui il punto di partenza del computo può essere un *qualsiasi istante*; dalla *computazione civile*, secondo la quale non si tiene conto delle frazioni, e i giorni interi cominciano e finiscono da una *mezzanotte* all'altra.[3] — Il *dies* si presume stipulato in favore del debitore: egli può sempre adempiere la sua obbligazione *prima* del termine convenuto, ammenochè dall'*indole stessa* della stipulazione (contratti commerciali, mutuo a interesse), o dalle circostanze non risulti, che esso è stipulato egualmente *in favore del creditore* (art. 1175). Il beneficio del termine si perde, se il debitore è *divenuto* non solvente o se

---

[1] Di qui derivano altre differenze: 1) si può ripetere il debito pagato *pendente conditione*, non quello pagato per errore prima della scadenza del termine (art. 1174); 2) è nullo il contratto subordinato alla condizione *si voluero*: invece, se è subordinato al termine *cum voluero*, è valido, e spetta all'autorità giudiziaria determinare un termine conveniente per l'adempimento dell'obbligazione (art. 1173).

[2] « Quotiens in obligationibus dies non ponitur, *præsenti die* pecunia debetur, nisi locus adiectus spatium temporis inducat, quo illo possit pervenire. Interdum pura stipulatio *ex re ipsa dilationem capit*, veluti si id quod in utero est, aut fructus futuros aut domum ædificari stipulatus est. »

[3] Vedi su tutta la materia della computazione del tempo le mie *Istituzioni* (Sistema), § 57.

per fatto proprio ha diminuito le cautele date al creditore, ovvero non gli ha dato le cautele promesse (art. 1176).

§ 64. — Delle obbligazioni alternative.

Chi ha contratto un'obbligazione *alternativa*[1] si libera prestando una delle *due* o *più* cose *disgiuntamente* comprese nell'obbligazione. La *scelta* appartiene al debitore, se non è stata *espressamente* concessa al creditore (art. 1177, 1178). I due principii regolatori di questa materia sono: 1) che l'obbligazione alternativa diviene *semplice*, se una delle due cose promesse perisce o non può essere consegnata, quantunque ciò accada per colpa del debitore; 2) che la colpa di una delle parti non dee nuocere al diritto di scelta spettante all'altra (art. 1180, 1181, 1183).

§ 65. — Delle obbligazioni solidali.[2]

Le obbligazioni possono essere *uniche* o *molteplici*, così rispetto all'*obbietto*, come rispetto ai *subbietti*, cre-

[1] L'obbligazione *alternativa* differisce dalla *congiuntiva*, dalla *facoltativa* e dall'obbligazione con *clausola penale*. Infatti: 1) nella *congiuntiva* le cose si debbono *tutte* prestare; nella *facoltativa una res est in obligatione, duæ autem in facultate solutionis;* sicchè per l'*interitus* dell'unica cosa dedotta nell'obbligazione, l'obbligazione stessa si estingue (art. 837, 1584): nell'*alternativa* invece *duæ res sunt in obligatione, una autem in solutione,* onde per l'*interitus* di una delle due cose, l'obbligazione diviene *semplice* (art. 1180); non si *estingue,* se non quando sono perite *le due cose,* senza colpa del debitore, prima che egli fosse in mora (art. 1182); 2) la *clausola penale* costituisce un'obbligazione *accessoria,* onde la nullità dell'obbligazione principale trae seco la nullità della penale (art. 1210); invece se è nulla l'obbligazione rispetto a una delle due cose, rimane valida per l'altra.

[2] Sulla storia, sulla costruzione giuridica e sulle differenze fra l'obbligazione *correale* e la *solidale* vedi Bellavite, *Note critiche,*

ditori e debitori. L'obbligazione *molteplice*, rispetto ai subbietti, può essere *semplice* (rateale), nel qual caso le obbligazioni di ciascun subbietto sono affatto distinte e *indipendenti;* oppure *solidali*, se ciascun creditore può chiedere il *solidum obligationis* in virtù di un tacito mandato (*ad conservandam et perpetuandam, non ad destruendam obligationem*), ricevuto dai concreditori (*solidalità attiva fra creditori*); e ciascun debitore è tenuto a pagare l'intero, in virtù del tacito mandato degli altri condebitori *ad conservandam et perpetuandam, non ad augendam obligationem* (solidalità *passiva fra i debitori*).

Solidalità attiva, che può nascere da un'*espressa* stipulazione o disposizione dei contraenti o del testatore. — Dal principio del tacito mandato, che unisce fra loro tutti i creditori solidali, discende, che: *a*) ciascun creditore può esigere l'*intero* credito, senza, che gli si possa dal debitore opporre l'*exceptio divisionis* (1184); *b*) l'interruzione della prescrizione estintiva in favore di uno dei creditori solidali giova anche agli altri (2131): — d'altra parte poichè il creditore non può far nulla *ad destruendam obligationem*, *c*) la *rimessione*, la compensazione, la novazione, la transazione del debito, fatta da uno dei creditori solidali, non nuoce agli altri, che per la parte del remittente ec. (art. 1185);

---

pag. 99 e segg.; LANDUCCI, *Delle obbligazioni in solido;* MELUCCI, *Delle obbligazioni in solido.* Basti qui notare che, secondo l'opinione prevalente: 1) l'obbligazione *correale* ha *unico* obbietto (il fondo Semproniano), la solidale obbietto *eguale* (1000 sesterzi); 2) la *correale* può nascere da qualunque atto giuridico, fondato sulla volontà delle parti, la *solidale* soltanto dalle infrazioni di una legge e di un obbligo meritevole di speciale tutela; 3) nelle *correali* qualunque patto che si riferisce all'unico oggetto, ha efficacia per tutte le obbligazioni e per tutti i correi; non così nella solidale, dove gli *oggetti* sono *diversi*. Molto lontano da quello del diritto romano è il sistema del Codice italiano

d) il giuramento decisorio (equivalente alla *transazione*), deferito da uno dei creditori in solido, non libera il debitore, che per la porzione dovuta al creditore medesimo (art. 1373); *e*) la sentenza pronunziata contro uno dei creditori in solido non può essere opposta agli altri, che per la parte: invece essi potrebbero giovarsi della sentenza pronunziata *in favore* di un concreditore solidale. — Nel rapporto dei creditori fra loro il beneficio del credito si divide in parti *eguali*, salvo stipulazioni o disposizioni contrarie.

Solidalità passiva. — Dal *tacito mandato* derivano nella solidalità fra debitori le seguenti conseguenze: *a*) ciascun debitore è tenuto al *solidum*, nè può invocare il *beneficium divisionis*; *b*) l'interruzione della prescrizione estintiva contro uno dei debitori solidali nuoce anche agli altri condebitori (art. 2130),[1] — d'altra parte poichè il mandato non può estendersi *ad augendam obligationem*, *c*) se la cosa dedotta nell'obbligazione solidale è perita per *colpa* di uno di essi, egli solo sarà tenuto ai danni: i condebitori saranno liberati, pagandone soltanto il valore (art. 1191). — L'obbligazione solidale fra i debitori si divide *per quote virili*, salvo le contrarie stipulazioni (art. 1201). Il debitore solidale che ha pagato l'*intero* debito, ha contro ciascun condebitore l'*actio mandati* per pretendere la quota virile; e non l'*azione di surrogazione* nei diritti del creditore soddisfatto, per la quale potrebbe richiedere il *solidum*, e si farebbe, con ispreco di spese e danno degli associati, un inutile circuito di azioni. In ogni caso però le conseguenze dannose dell'insolvenza di uno dei condebitori ricadono sopra di tutti, anche sul condebitore liberato espressamente o tacitamente per rimessione della solidalità (art. 1198, 1199, 1200).

---

[1] Nota nelle materie commerciali l'art. 916 Cod. comm.; informato al concetto dell'autonomia delle singole obbligazioni cambiarie

Solidalità passiva, nascente dalla legge (art. 239, 250, 1156, 1756, 1814, 910), a differenza della solidalità *attiva*, che nasce sempre dal contratto o dalla disposizione testamentaria. — In alcuni casi di tale solidalità, ad esempio, in quello di responsabilità per delitto e quasi-delitto, non potendosi ravvisare il *tacito mandato*, fra i debitori *ad perpetuandam et conservandam obligationem*, ha luogo la così detta solidalità *imperfetta:* in essa, a differenza della *perfetta:* *a*) l'interruzione della prescrizione e la messa in mora contro uno dei condebitori solidali non nocciono agli altri; *b*) gl'interessi richiesti contro uno di essi non decorrono contro gli altri.

Modi di estinzione del debito o del vincolo solidale. — Fra i modi di estinzione del debito, o della solidalità (*pagamento, novazione*, art. 1277; *confusione*, art. 1194; *compensazione*, art. 1290 ec.), sono notevoli: 1) la *rimessione del debito*, che produce l'estinzione *totale* dell'obbligazione, ammenochè il creditore non abbia espressamente riservato i suoi diritti contro gli altri (art. 1281); 2) la *rinuncia alla solidalità*, la quale non estingue l'obbligazione nè in tutto, nè in parte, ma distrugge soltanto l'efficacia del vincolo solidale. Si *presume* la rinuncia *tacita* alla solidalità: *a*) quando il creditore riceve da uno dei condebitori la sua parte del debito e dichiara inoltre, che non la riceve come *acconto*, ma come *quota* del debito; *b*) quando uno dei condebitori, chiamato in giudizio pel pagamento della sua parte, vi abbia aderito o sia stato condannato a pagare la sua quota; *c*) quando il creditore ha ricevuto per *dieci anni consecutivi* da uno dei condebitori il pagamento della quota da lui dovuta per interessi e frutti maturati (articoli 1196, 1197).

§ 66. — Delle obbligazioni divisibili e indivisibili.[1]

Quando l'obbligazione è stata contratta da *unico* creditore verso *unico* debitore, non ha alcuna importanza ricercare, se l'*obbietto* sia *divisibile* o *indivisibile:* poichè nell'uno e nell'altro caso, se il debitore non è stato autorizzato a pagare *a rate,* non può liberarsi, adempiendo la sua prestazione *per parti.* Tale ricerca è importante, soltanto allorchè all'unico debitore o creditore succedono più eredi, o se fin dal suo nascere l'obbligazione fu contratta fra più debitori o creditori (art. 1204, 1246).

L'obbligazione è *indivisibile:* 1) se la cosa o il fatto,

---

[1] Fra le obbligazioni *solidali* e le *indivisibili,* sebbene in entrambe ciascun debitore sia obbligato a pagare il *solidum obligationis,* corrono le seguenti differenze: 1) nelle obbligazioni *solidali* l'obbligo di pagare l'intero deriva dal tacito mandato o dalla legge; nella indivisibilità dall'impossibilità (*oggettiva*) naturale o giuridica dell'adempimento parziale (art. 1203); 2) gli eredi del condebitore in solido sono tenuti ciascuno per la sua parte dell'*intero* debito, grazie al principio: *Nomina et debita hæreditaria ipso iure inter hæredes dividuntur;* laddove gli eredi di chi ha contratto un'obbligazione indivisibile sono tenuti per l'intero; 3) l'interruzione della prescrizione contro uno degli *eredi del debitore solidale* non nuoce agli altri, siccome accade in tema di obbligazioni indivisibili (art. 2130); 4) i condebitori solidali sono solidariamente tenuti ai danni (*æstimatio rei*), se non possono più dare la cosa; mentre l'obbligazione indivisibile diviene divisibile, pel mutarsi dell'obbietto, e ciascun erede del debitore è tenuto soltanto per la sua parte. Tutta la materia delle obbligazioni *congiunte* si può, secondo il Dumoulin (da cui il Pothier e il Codice francese hanno attinto i principii della dottrina delle obbligazioni indivisibili) riassumere nelle seguenti formule: 1) *Deberi pro parte et in partem* (obbligazione rateale); 2) *deberi totaliter et in totum ratione mandati* (solidali perfette); 3) *deberi in totum et non totaliter ob proprium iuridicum factum* (solidali imperfette); 4) *deberi pro parte et in totum* (indivisibili perfette); 5) *deberi pro parte et in totum, sed solum ob incongruitatem solutionis* (indivisibilità imperfetta).

che ne forma *obbietto*, è materialmente e intellettualmente incapace di divisione: *individuum contractu*, tale cioè, che *neppure per convenzione* potrebbe divenire divisibile, ad esempio, un diritto di servitù di passaggio, che non può evidentemente esercitarsi per metà o per un terzo; 2) se la cosa o il fatto, che forma oggetto dell' obbligazione, sebbene divisibile per sua natura, non si possa prestare per parti, avuto riguardo al *modo come fu considerato nel contratto: individuum obligatione*, indivisibilità *convenzionale perfetta*; così stipulata *tota domus extruenda*, o la costruzione di un teatro ec., l' obbligazione non si adempie, finchè tutta la casa, o tutto intero il teatro non sia compiuto.

Tutte le altre obbligazioni sono divisibili [1] (art. 1202). Tuttavia può accadere, che l' adempimento parziale di un' obbligazione, *divisibile in quanto all' obbietto*, rechi danno al creditore o gl' impedisca di raggiungere il fine propostosi nella contrattazione: in tali casi si ha l' *individuum ob incongruitatem solutionis* (Molineo), *individuum solutione tantum* (Pothier), cioè l' indivisibilità *imperfetta*, onde gli eredi del debitore non sono liberati, se non adempiendo la prestazione *per intero*.

Effetti dell' indivisibilità perfetta. — 1) Tutti gli obbligati per un debito indivisibile, ancorchè l' obbligazione non sia contratta *in solidum*, debbono prestare l' *intero*: lo stesso ha luogo nel caso che l' unico debitore abbia lasciato più eredi (art. 1206, 1208); 2) d' altra parte ciascun creditore o erede dell' unico creditore, sebbene non possa disporre per rimessione o altrimenti, fuorchè della sua *quota* (art. 1207), può chiedere il *totum obligationis*; 3) l' interruzione e la sospensione

[1] « Non enim causatur individuitas, nisi ex eo, quod res debita vel *sui natura*, vel *ut debita est*, non potest præstari, seu solvi per partes. » MOLINEO, *Extricatio labyrinthi dividui et individui*, pars II, num. 223.

della prescrizione nuocciono a tutti i condebitori e giovano a tutti i concreditori (*in individuis minor relevat maiorem*, art. 2130); 4) se all'obbligazione indivisibile accede una clausola penale, la pena può domandarsi *per intero* contro il contravventore, o *contro ciascun coerede per la sua parte*, salvo il regresso contro colui, per colpa del quale si è incorsa la pena: *quamquam ab uno prohibear* (ad esempio, di esercitare la servitù di passaggio), *non tamen in partes prohibeor* (art. 1215).[1]

Indivisibilità imperfetta.—Essa ha luogo: 1) quando sia dovuto un corpo certo e determinato, caduto nella parte di uno degli eredi (art. 1527); 2) quando, in virtù del titolo, un solo degli eredi sia incaricato dell'adempimento dell'obbligazione; 3) quando risulti dalla natura dell'obbligazione (esempio, l'affitto di uno stabilimento enologico), o dalla cosa, che ne forma l'oggetto (esempio, un animale vivo), o dal fine, che le parti ebbero di mira nel contrattare (esempio, un mutuo per eseguire il deposito richiesto pel volontariato di un anno), che l'intenzione dei contraenti fu quella, che il contratto non potesse adempirsi per parti. Nei primi due casi l'erede che possiede la cosa dovuta, o che è solo incaricato dell'adempimento dell'obbligazione, e nel terzo caso ciascun erede può essere convenuto per l'intero, salvo il regresso contro gli altri condebitori. A differenza dell'*indivisibilità perfetta:* 1) gli eredi del *creditore* di un'obbligazione *imperfettamente* indivisibile non hanno diritto a pretendere il *totum;* 2) la domanda giudiziale contro uno dei debitori non interrompe la prescrizione contro gli altri, nè giova ai concreditori.

---

[1] Lo stesso ha luogo nel caso che l'obbligazione principale sia *imperfettamente* indivisibile. Se invece l'obbligazione è *divisibile,* la pena s'incorre *soltanto dal contravventore e per la parte di lui,* senza che si possa agire contro coloro, che hanno eseguita l'obbligazione (art. 1216).

Obbligazioni divisibili, per le quali vale l'antico principio: *nomina et debita hæreditaria ipso iure inter hæredes dividuntur*; donde segue che: 1) ciascun creditore può domandare soltanto la sua *parte* del credito, e ciascun debitore non è tenuto, che per la sua *parte*; 2) l'interruzione e la sospensione della prescrizione *non* giovano e *non* nuocciono che ai creditori o debitori, che l'hanno fatto o in cui favore è stabilita (*in dividuis minor non relevat maiorem*).

§ 67. — Delle obbligazioni civili e naturali.[1]

A differenza dei semplici *doveri morali*, pel cui adempimento è affatto impossibile adoperare la *coazione*, senza snaturarli (esempio, il dovere di praticare l'elemosina); le *obbligazioni naturali* sono tali, che ben sarebbe possibile imporne coattivamente l'adempimento, se il legislatore non ne fosse sconsigliato da particolari considerazioni. A differenza delle obbligazioni *civili*, sono *naturali* quelle, che non sono garentite da un'*azione* diretta a reclamarne l'adempimento, ma da una semplice eccezione (*soluti retentio*), diretta invece a respingere la *ripetizione* di ciò che il debitore ha pagato *volontariamente* (cioè non ostante la scienza, che la sua obbligazione fosse soltanto *naturale*). Tale è, ad esempio, l'obbligazione risultante da un debito di giuoco o di scommessa (art. 1802, 1804).[2] La *soluti retentio* è il solo

[1] Vedi De Crescenzo, *Obbligazioni nell'Enc. giur.* del Mancini; Padula, *Delle obbl. natur.* Napoli, 1885; Fadda, nell'*Archivio giur.* del Serafini, 1886.

[2] Non può dirsi *naturale* l'obbligazione contratta dall'*incapace*, la quale può essere annullata su l'istanza di lui: tale obbligazione è *civile*, perchè munita di azione: l'annullamento posteriore non può mutare l'indole dell'obbligazione; prova ne sia che la nullità si sana per *conferma*, mentre questa non giova a fortificare, mercè l'azione civile, una semplice obbligazione naturale. Non costituisce un'obbli-

effetto, che il diritto moderno attribuisce alle obbligazioni naturali (art. 1237): la conferma, la compensazione, la novazione, il pegno, l'ipoteca, la fideiussione le sono oggidì affatto estranei.

§ 68. — Adempimento dell'obbligazione. — Diritti ausiliari del creditore. — Solutio. — Imputazione. — Prova del pagamento. — Surrogazione.

L'obbligazione dev'essere adempita secondo la comune intenzione delle parti: nell'adempimento di essa si dee porre la diligenza stessa, che vi porrebbe un *buon padre di famiglia* (*diligentia in abstracto*), mancando la quale si ha la *culpa levis*. Pure vi ha casi (art. 970, 1143, 1746, 1843, 1844), in cui la valutazione della colpa contrattuale è meno rigorosa, e può persino bastare l'avere adoperato la diligenza, *quam in suis rebus quis adhibere solet* (*diligentia in concreto*), mancando la quale si commette *culpa lata*.[1]

Diritti ausiliari del creditore. — Ai creditori interessa che il patrimonio del debitore non sia diminuito nè per *negligenza* nè *per frode* (art. 1948): la legge soccorre loro cogl'istituti della *rappresentanza* e della *Pauliana* o azione *revocatoria* degli atti compiuti in *frode* dei

---

gazione naturale nemmeno l'obbligo di pagare un debito colpito dalle così dette *prescrizioni brevi* nel caso dell'art. 2142; qui manca la *prova*, non l'*azione*, o più esattamente la legge non ammette altra *prova* che il giuramento. Tostochè questo sia stato prestato, il creditore ha diritto di esigere il pagamento anche *manu militari;* la qual cosa non è lecita a un semplice creditore naturale (ad esempio, a chi avesse vinto la scommessa), quando anche l'avversario di lui confessi di aver perduto. Vedi GIANTURCO, *Delle fiducie*, pag. 36, seconda ediz.

[1] La tripartizione della colpa *lata*, *levis* e *levissima*, respinta oggidì unanimemente dai romanisti, non è ammissibile neppure nel diritto civile italiano.

creditori (art. 1234, 1235). Così dell'una, che dell'altra, purchè non tocchino rapporti d'indole affatto *personale*, essi si possono giovare *sino alla concorrenza dei loro crediti*;[1] e d'altra parte i terzi, soddisfacendoli per intero, possono far cessare gli effetti delle due azioni. Pure le due azioni differiscono, perchè: 1) i creditori, esercitando i diritti e le ragioni del loro debitore, agiscono come *aventi causa* di lui; laddove, sperimentando la Pauliana, fanno valere un *diritto proprio*;[2] 2) la precedente *escussione* del debitore è presupposta indispensabile per esperimentare la Pauliana, che richiede la dimostrazione dell'*eventus damni*; e non già per la *rappresentanza*; 3) per la *medesima ragione* la Pauliana presuppone, che le ragioni dei creditori siano *anteriori* agli atti impugnati; mentre possono giovarsi della rappresentanza anche i creditori divenuti tali *posteriormente* alla nascita dei diritti, che intendono *rappresentare*.

1) *Rappresentanza: debitor debitoris mei debitor meus est.* — Fra i modi di far valere i diritti e le ragioni del proprio debitore uno dei più notevoli è il *pignoramento presso terzi*, in virtù del quale il debitore pignorato non può più disporre del credito; e al terzo è inibito di soddisfarlo, sinchè non sia autorizzato dal magistrato (art. 611 e segg., Proc. civ.). Non si possono opporre al creditore pignorante le eccezioni derivanti da cause *posteriori* al pignoramento, ad esempio, la rimessione. D'altra parte il creditore è soggetto a tutte le

[1] Cioè fin dove giunge il loro *interesse giuridico* (art. 36, Proc. civ.).

[2] Di qui deriva: 1) che fra le due azioni non vi è *concorso elettivo:* i creditori, respinti come rappresentanti del debitore, possono dipoi intentare la Pauliana; 2) i creditori, che agiscono in nome del debitore, possono respingere le eccezioni *personali*, fondate su rapporti giuridici intercedenti tra loro e il terzo convenuto, ad esempio, la compensazione; mentre, se sperimentano la Pauliana, *iure proprio*, quelle eccezioni ben si possono proporre e vagliare.

eccezioni derivanti da causa *anteriore* al pignoramento, e che avrebbero potuto opporsi al debitore stesso; egli non può opporsi di terzo alle sentenze emanate prima del pignoramento fra il terzo e il debitore, ammenochè non vi sia stato *dolo* o *collusione* (art. 510, 511, 512, Proc. civ.). — Non sono casi di *rappresentanza* dei diritti del debitore quelli previsti dagli art. 1574, 1645: i muratori, falegnami e altri artefici hanno una ragione *propria* e *diretta* contro il committente, e il locatore un'azione *propria* e *diretta* contro il subconduttore: prova ne sia che essi possono opporsi di terzo alle sentenze emesse fra il conduttore e il subconduttore, fra l'imprenditore e il committente, quando anche non vi sia stato dolo, nè collusione; e che sulle somme pignorate dal locatore o dagli artefici presso il subconduttore e il committente non possono essere ammessi in contributo a danno dei pignoranti gli altri creditori personali del conduttore e dell'imprenditore.

2) *Azione Pauliana.* — Quest' azione fu introdotta per reprimere la *frode* [1] *civile:* [2] essa, a differenza dell'azione di *simulazione,* presuppone un atto *realmente sussistente,* mentre l'atto *simulato* è un *corpo senz' anima,* secondo l'efficace espressione di Baldo.[3] La

[1] « *Contra legem* facit qui id facit, quod lex prohibet: *in fraudem* vero qui, *salvis verbis legis,* sententiam eius circumvenit. » (L. 1, Dig. 3, 29.)

[2] La *frode* può anche costituire un *reato,* punito dagli art. 626 e 634, Cod. pen. Le differenze fra la frode *civile* e la frode *penale* sono assai controverse; certo ogni ricerca aprioristica manca di fondamento, poichè sulla nozione della *frode punibile* influiscono moltissimo i costumi nazionali, i tempi e i luoghi.

[3] Nell'atto *simulato* si distingue il *quod agitur* dal *quod simulate concipitur,* laddove ogni distinzione è affatto impossibile a proposito degli atti *fraudolenti.* Al pari dell'azione di *rappresentanza,* l'azione di *simulazione* può sperimentarsi anche da coloro, che siano divenuti creditori *posteriormente* all'atto impugnato.

revoca dell'atto fraudolento richiede che il creditore dimostri: 1) l'intenzione dolosa (*consilium fraudis*) del *debitore* e del *terzo* negli atti a titolo *oneroso*, e del solo *debitore* negli atti a titolo *gratuito*;[1] 2) il *pregiudizio cagionato* dall' atto impugnato, *per effetto del quale* il patrimonio del debitore sia divenuto *insufficiente* al soddisfacimento dei suoi debiti (*eventus damni*) (articoli 1235, 680, 2112, Cod. civ.; 707 e segg., Cod. comm.). La Pauliana differisce dalle azioni di nullità: essa si prescrive in *trent'anni*, mentre queste si estinguono per prescrizione *quinquennale* (art. 1300): dichiarata la nullità cadono tutti i diritti acquistati dai terzi *prima e dopo* la domanda giudiziale, pel principio: *resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis*; laddove i diritti acquistati dai terzi prima della trascrizione della domanda di revocazione rimangono fermi, non ostante la dichiarazione di frode (art. 1933, n. 3).

SOLUTIO (pagamento) *est præstatio eius* (generi, corpi certi, o denaro), *quod est in obligatione*. 1) Il pagamento può farsi da chiunque si presenti in *nome* e per la *liberazione* del debitore, vi abbia o non vi abbia interesse;[2] salvochè si tratti di un' obbligazione di *fare*, che debba essere adempita *personalmente* dal debitore,[3] oppure il terzo, che paga, pretenda di essere *surrogato* nei diritti del creditore (nel qual caso sarebbe mutato soltanto il *creditore*, non estinto il *debito*). Se l'obbligazione ha per obbietto di trasferire la proprietà della cosa, il pagamento non è valido, se non è fatto

---

[1] Nella revoca degli atti a titolo gratuito il creditore che *certat de damno vitando* dev' esser preferito al donatario, che *certat de lucro captando*.

[2] « Solvere pro *ignorante et invito* cuique licet, cum sit iure civili constitutum, licere etiam *ignorantis, invitique* meliorem conditionem facere. » (L. 53, Dig. 46, 3.)

[3] « Inter artifices longa differentia est et ingenii et naturæ et doctrinæ et institutionis. » (L. 31, Dig. 46, 3, art. 1239.)

da chi era proprietario della cosa e capace di alienarla: la capacità è richiesta nel *tempo del pagamento* e non del *contratto*, se l'obbietto dell'obbligazione sia determinato solo nella specie (esempio, dieci ettolitri di grano di Russia), oppure *consentiente creditore* venga pagata una cosa diversa dalla pattuita. 2) Il pagamento dev'essere fatto al creditore, o ad altra persona autorizzata a riceverlo in nome di lui dal creditore medesimo,[1] dall'autorità giudiziaria, o dalla legge[2] (art. 1241). Il pagamento fatto a persona diversa è nullo e il debitore è obbligato a pagare altra volta, salvochè il creditore abbia *ratificato* il pagamento illegale (*ratihabitio mandato comparatur*); oppure se ne sia *avvantaggiato* (*exceptio de in rem verso*, art. 1243). È valido inoltre il pagamento fatto *in buona* fede a chi era in *possesso del credito*[3] (*erede apparente*, art. 933), sebbene in seguito ne abbia sofferto l'evizione. — Anche il pagamento fatto al creditore o a persona legittimamente facultata a riceverlo è *invalido*, se la somma

---

[1] Se il mandato di pagare è stato conferito *anteriormente* o *contemporaneamente* alla stipulazione, il mandatario dicesi *adiectus solutionis causa*. Salvo il caso che l'*adiectio* sia stata convenuta nell'interesse dell'*adiectus* e contenga delegazione o cessione; l'*adiectus* non è libero dispositore del credito, non può rimetterlo, novarlo, compensarlo, anzi non può neppur convenire in giudizio il debitore. Però a differenza del semplice mandato *posteriore* alla stipulazione, il creditore non può, senza il consenso del debitore, revocare l'*adiectio*, che è una clausola del contratto, tranne il caso che l'*adiectus* sia fallito o interdetto.

[2] Mandatari *giudiziali* sono il *curatore speciale* dei figli, i cui interessi sono in *opposizione* con quelli del padre (art. 224), il rappresentante nominato al *presunto assente* in forza dell'art. 21, ec. Mandatari *legali* sono, per esempio, il marito (art. 1399), gl'immessi nel possesso dei beni dell'assente dichiarato, ec.

[3] Non è in *possesso del credito* chi ha soltanto il possesso materiale *del titolo creditorio;* quindi sarebbe invalido il pagamento fatto a lui, se nel fatto stesso della consegna non potesse ravvisarsi un *tacito* mandato del creditore.

era stata già sequestrata o pignorata da terzi (art. 1244). 3) Il debitore deve pagare la cosa dedotta nell'obbligazione: egli non può costringere il creditore a ricevere una cosa diversa, quando anche essa avesse un valore assai maggiore di quella convenuta (art. 1245). Però, *consentiente creditore*, egli può estinguere la sua obbligazione mercè la *datio in solutum;* la quale, pur distinguendosene, può contenere una vendita o una permuta. Se il pagamento ha per obbietto una cosa *certa e determinata* (*species*), il debitore è liberato rimettendola *nello stato in cui si trova* al tempo della consegna; purchè i deterioramenti sopraggiunti non provengano da colpa di lui o delle persone, di cui deve rispondere, ed egli non fosse in mora prima dei seguiti deterioramenti (art. 1247). Se il debito ha per obbietto una cosa, determinata soltanto nella sua specie (*genus* nel linguaggio giuridico), il debitore non è tenuto a darla della migliore qualità, ma non può darla neppure della peggiore (art. 1248): il *caso fortuito* non estingue l'obbligazione, poichè *genera et quantitates numquam pereunt*. 4) Il pagamento deve farsi nel *luogo*, convenuto espressamente o tacitamente: se non vi fu alcuna convenzione e l'obbligazione abbia per obbietto una cosa *certa e determinata*, esso si esegue nel luogo, dove la cosa trovavasi al tempo del contratto: in ogni altro caso, eccetto quello previsto dall' art. 1508, il pagamento deve eseguirsi nel *domicilio del debitore*. 5) Le *spese* del pagamento, ad esempio, il costo della quietanza e della sua registrazione, sono a carico del *debitore* (art. 1250).

Imputazione del pagamento. — Se il debitore faccia pagamenti *parziali*, oppure abbia più debiti verso la medesima persona, può di regola fare egli stesso l'imputazione a quelli fra i debiti, che più gli prema di estinguere (art. 1255). Tuttavia egli non può ledere

gl' interessi del creditore: quindi se il debito produce interessi, l' imputazione deve farsi prima sugl' interessi e quindi sul capitale; se di due debiti l' uno è scaduto e l' altro no, il pagamento non può imputarsi sul debito non iscaduto, tranne il caso, che il termine fosse stato apposto nell' *interesse del debitore*. — Se l' imputazione non è fatta dal debitore, si può validamente fare dal creditore; nè il debitore può impugnarla, ammenochè vi sia stato dolo o *sorpresa* (art. 1257; L. 1, Dig. 46, 3). Se l'imputazione non è fatta dal debitore, si opera *per legge: a*) prima sul debito scaduto, in preferenza di quello non ancora scaduto; *b*) quindi sul debito, che l' obbligato aveva *maggiore interesse di estinguere,*[1] quando fossero tutti scaduti; *c*) se i debiti sono tutti scaduti e di egual natura, l' imputazione si fa sul *più antico; d*) da ultimo, se i debiti sono tutti di pari data e scaduti, e il debitore ha eguale interesse di estinguerli, l'imputazione si fa *proporzionalmente* (art. 1256).

Prova del pagamento. — La prova del *fatto del pagamento* si fa secondo le regole generali. Vi ha tuttavia *presunzioni di pagamento,* fondate sull' *id, quod plerumque accidit,* e che il nostro Codice erroneamente considera come *prescrizioni brevi* (art. 2138, 2139, 2140, 2141): così, ad esempio, si prescrivono col decorso di *sei mesi* le azioni degli osti e dei locandieri per l' alloggio e le vivande che somministrano, poichè si *presume,* che entro tal termine essi abbiano curato l' esazione dei loro crediti. La sola prova, che sia ammessa per vincere la suddetta *presunzione iuris tantum,* è il *giuramento*[2] (art. 2142).

---

[1] Cioè prima sui debiti fruttiferi d'interessi, o garantiti da ipoteche, o pegni, e quindi sui chirografari e su quelli improduttivi d' interessi.

[2] Ciò dimostra appunto che non trattasi di vere prescrizioni; giacchè, prestato il giuramento, e riconosciuto così che il debito non

Pagamento con surrogazione. — Il pagamento produce l'*estinzione* dell'obbligazione. Tuttavia, mercè della *surrogazione*, come di una *finta cessione*,[1] il credito soddisfatto ed estinto viene reputato sussistente con tutti i diritti che gl'ineriscono (*privilegi, pegni, ipoteche*), a fine di assicurare al *terzo surrogato* il regresso contro il debitore pel ricupero di ciò, che ha pagato per lui. La surrogazione è *convenzionale* o *legale* (art. 1251): la convenzionale può a sua volta seguire *ex parte creditoris* o *ex parte debitoris*. — A) *Surrogazione convenzionale:* 1) *ex parte creditoris* la surrogazione ha luogo, quando il creditore, ricevendo il pagamento da una terza persona, *espressamente* e *contemporaneamente* al pagamento[2] la surroga nei diritti, nelle azioni, nei privilegi e nelle ipoteche, che egli ha contro il debitore; 2) *ex parte debitoris*, quando il debitore prende a prestito una somma per pagare il creditore e surrogare il mutuante nei diritti di lui. Perchè sia valida tale surrogazione e non nasconda *frodi in danno dei terzi*, è necessario, che, l'atto di prestito e la quietanza abbiano *data certa* (§ 71); che nell'atto di prestito si dichiari essersi tolta a prestito la somma

fu estinto, il magistrato deve condannare il debitore; mentre sarebbe affatto illegale condannare chi, pur riconoscendo il debito, allegasse fondatamente l'*exceptio præscriptionis*. Vedi GIANTURCO, v. *Alberghi e Albergatori* nell'*Enc. giur.* del Mancini.

[1] A differenza della *cessione vera*, in tema di surrogazione: 1) il *surrogato* non è *obbligato* a notificare la surrogazione o a curarne l'accettazione (art. 1539); 2) la cessione, essendo una vendita, non può essere fatta che da persona capace di *alienare*, la surrogazione invece da chiunque è capace di *ricevere* il pagamento; 3) il cessionario di un credito *non litigioso* può esigere dal debitore l'intero debito, quando anche egli abbia pagato al cedente un prezzo minore; invece il surrogato non può pretendere che la somma *realmente pagata*, tranne il caso che il surrogante gli abbia *validamente donato* il supero, ec.

[2] *Posteriormente*, i diritti del creditore, già estinti per effetto del pagamento, non potrebbero rivivere per essere *trasmessi* al terzo.

a fine di eseguire il pagamento; che nella quietanza da ultimo si dichiari essersi eseguito il pagamento coi denari somministrati a tal fine dal surrogando. Perciò essa dicesi surrogazione *reale;* e ha luogo anche senza il consenso del creditore soddisfatto. — B) *Surrogazione legale,* stabilita sul fondamento dell'equità e della presunta intenzione del terzo che paga: essa ha luogo: *a*) a vantaggio di chi, essendo anche egli creditore, ancorchè chirografario, paga un altro creditore che, in ragione de' suoi privilegi o delle sue ipoteche, avrebbe diritto di essergli preferito nel concorso; *b*) a vantaggio di chi avendo acquistato un immobile paga *sino alla concorrenza del prezzo del suo acquisto* uno o più creditori, a favore dei quali il fondo è ipotecato; *c*) a vantaggio di chi aveva interesse a soddisfare il debito, perchè obbligato *con altri,* come il condebitore indivisibile, o *per altri,* come il fideiussore;[1] *d*) a vantaggio dell'erede con beneficio d'inventario (§ 113), che ha pagato con proprio denaro i debiti ereditari, e che ha diritto a conseguire il *supero* dell'attivo (art. 1253).

§ 69. — Dell' inadempimento.

Se l'obbligazione consiste nel *dare* un corpo *certo e determinato,* il debitore deve consegnare la cosa e conservarla fino alla consegna; altrimenti vi può essere costretto colla procedura *per rilascio* (art. 1219, Cod. civ.; art. 741 e segg., Proc. civ.). Se l'obbligazione consiste nel *fare,* poichè *nemo ad factum precise cogi potest,* il creditore può essere autorizzato a farla adempire egli stesso a spese del debitore (art. 1220). Se da ultimo consiste in *non faciendum,* il creditore può do-

---

[1] Il subingresso non ha luogo in favore del condebitore *pro rata,* poichè egli non ha interesse giuridico di pagare l'intero.

mandare che sia distrutto ciò, che il debitore ha fatto in contravvenzione all'obbligazione di non fare, e può essere autorizzato a distruggerlo a spese di lui (art. 1222).

Mora del creditore (*mora accipiendi*).—Talora l'inadempimento può dipendere dal creditore, che coll'intento di lucrare una clausola penale o di continuare a percepire gl'interessi convenuti, o di mettere la cosa a rischio e pericolo del debitore, ricusi di ricevere il pagamento: il debitore in tali casi è autorizzato a *offrirgli* (*offerta reale*) la cosa dovuta e a *depositarla*, per conseguire la liberazione dall'obbligazione. L'offerta dev'essere fatta per mezzo di un notaio o di altro pubblico ufficiale, giusta gli art. 902 e segg., Proc. civ.: e poichè tiene luogo di *pagamento*, deve, al pari di questo, essere fatta a persona capace di esigere e da persona capace di pagare; e comprendere l'intera *somma* o *altra cosa dovuta*, i frutti scaduti, le spese liquidate e una somma per le spese non liquidate, colla riserva per qualunque supplemento (art. 1260). Se il creditore rifiuta l'offerta, è costituito *in mora accipiendi:* il debitore, non è liberato, anzi continua a essere tenuto agl'interessi, sinchè non esegua il *deposito*, pel principio, che non si può a un tempo *pagare e ritenere:* pure fatta l'offerta, non si può più dire *commissa* la *stipulatio pœnæ*. Il susseguente *deposito*, per essere valido, dev'essere preceduto da un'*intimazione* al creditore, nella quale s'indichino il giorno, l'ora e il luogo, in cui la cosa offerta, insieme agl'interessi sino allora decorsi, sarà *realmente* depositata nella Cassa di depositi e prestiti: di ciò dev'essere redatto processo verbale da notificarsi al creditore, qualora non sia comparso, coll'intimazione di ritirare la cosa depositata (art. 1261). Sebbene la previa autorizzazione del magistrato *non sia necessaria* per eseguire il deposito, pure il debitore può adirlo per far dichiarare valida l'offerta e ordi-

nare il deposito (art. 909, Proc. civ.). — Se l'obbietto della *solutio* non è una somma di denaro, ma una quantità di cose, *quæ pondere, numero et mensura consistunt,* si segue la medesima procedura: però il deposito si esegue nel luogo, che sarà designato dal magistrato. — Se l'obbligazione ha per obbietto un corpo *certo* e *determinato,* che debba essere consegnato nel luogo, in cui si trova, in luogo dell'*offerta,* si fa al debitore l'*intimazione* di eseguirne il trasporto: se il creditore trascura di eseguirlo, è necessario, che il magistrato autorizzi il debitore a trasportar la cosa altrove (art. 1266). — Finchè il deposito non sia stato accettato, e non sia intervenuta una sentenza passata in giudicato, che lo dichiari buono e valido, il debitore può ritirarlo senza il consenso del creditore: in tal caso i coobbligati e i fideiussori non sono liberati e non si estinguono i privilegi e le ipoteche inerenti al credito. All'incontro, se il deposito è stato ritirato col consenso del creditore, o dopo che era intervenuta sentenza passata in giudicato, che lo dichiarava buono e valido, per effetto della *novazione* si estinguono i privilegi e le ipoteche, inerenti alla prima obbligazione, e sono liberati tutti i coobbligati e fideiussori (art. 1263, 1264, 1265).

Mora debendi.— Nelle obbligazioni consistenti *in non faciendum,* il solo fatto della contravvenzione *in committendo* costituisce in mora il debitore. Nelle obbligazioni consistenti *in faciendum* o *in dandum,* la mora s'incorre, mediante un'*intimazione* o *interpellanza* del creditore (*mora ex persona*): l'intimazione non è richiesta (*mora ex re: dies interpellat pro homine*), se all'obbligazione era apposto un termine, e questo sia inutilmente scaduto. Pure, se il termine apposto scade dopo la morte del debitore, gli eredi non sono costituiti in mora, se non mediante un'intimazione o altro atto equivalente, e dopo il decorso di otto giorni dal-

l'intimazione (art. 1223, Cod. civ.; 560, Proc. civ.). La mora costituisce una *presunzione di colpa;* la quale può cessare e con essa venir meno la responsabilità del debitore, se egli dimostri, che non ha potuto adempire la sua obbligazione per *caso fortuito* o per *forza maggiore* (art. 1226). Il debitore è tuttavia tenuto ai danni, se col fatto proprio ha dato occasione al caso fortuito (*casus mixtus*); se ha assunto a suo carico il rischio dei casi fortuiti; oppure se il caso fortuito è seguito dopo la costituzione in mora: pure al debitore è dato provare, che la cosa sarebbe egualmente perita presso il creditore [1] (art. 1219, 1298).

Effetti dell' inadempimento. — 1) *Patto commissorio.* In tutti i contratti *bilaterali,* se il contraente inadempiente domanda contro l'altro l'esecuzione del contratto, questi lo può respingere coll' *exceptio non adimpleti contractus.* Può inoltre il contraente adempiente domandare contro l'inadempiente la *risoluzione* del contratto, in virtù del patto commissorio, impropriamente detto *condizione risolutiva tacita* (pag. 156, n. 2): il giudice può tuttavia, tenuto conto delle circostanze, concedere una *dilazione* all'inadempiente (art. 1165). 2) *Danni.* Il debitore inadempiente è obbligato a risarcire il danno derivato al creditore, come conseguenza *immediata* e *diretta* dell' inadempimento [2] (art. 1229): di regola il risarcimento deve comprendere la diminuzione del patrimonio del creditore (*damnum emergens*) e il mancato guadagno (*lucrum cessans*) (art. 1227). Pure il debitore, che abbia mancato *sine dolo et fraude,* è tenuto soltanto ai danni, che sono stati preveduti o che si sono potuti prevedere al tempo del contratto, *propter ipsam rem non habitam;* non ai danni impre-

---

[1] Vedi V. Masucci, *Esame dommatico e critico della regola* Casum sentit dominus. Napoli, 1886; Nicola Coviello, *Il caso fortuito.* Lanciano, 1895; Longo, *Del caso fortuito.* Napoli, 1894.

[2] L. 13, pr. Dig. 19, 1; L. 29, § 3, Dig. 9, 2.

veduti e imprevedibili cagionati *aliis rebus propriis* (art. 1229). — I danni derivanti dal *ritardo* nell'eseguire un' obbligazione che ha per oggetto *una somma di denaro*, sono fissati dalla legge *invariabilmente*, a prescindere da ogni *liquidazione*, negl'interessi legali del 5 % sulla somma capitale; quando anche il creditore dimostri di aver subito perdita assai maggiore o il debitore dimostri invece che non ne ha subita alcuna (articolo 1231). Gl'interessi (*moratorii*) dovuti pel *ritardo* del pagamento del capitale producono a loro volta altri interessi (*compensatorii*) nella misura legale del 5 % e dal giorno della *domanda giudiziale*, o in mancanza di questa, nella misura, che verrà pattuita in una convenzione *posteriore* alla scadenza dei medesimi. Però l'interesse sugl'interessi (*anatocismo*), in omaggio a vecchi pregiudizi economici, *di regola* non ha luogo se non sugl'interessi compensatorii dovuti per un'annata *intera* (art. 1232).

Clausola penale (*stipulatio pœnæ*). — I danni derivanti dal *ritardo* o dall'*inadempimento* dell'obbligazione possono essere liquidati e *transatti in antecedens*, sotto forma di *clausola penale*; [1] in guisa che il giudice, salvo il caso di *esecuzione parziale* (art. 1214), *non possa* nè accrescerne, nè diminuirne l'ammontare (articoli 1209, 1230). — La clausola penale è una stipulazione *accessoria*, che segue le sorti della principale, e rappresenta la compensazione dei danni sofferti dal creditore. Di conseguenza: 1) non è dovuta, se il debitore non sia in mora; 2) il creditore non può insieme domandare la penale e l'adempimento dell'obbligazione principale, ammenochè la penale non sia stata stipulata pel *semplice ritardo, rato manente pacto* (art. 1212). — La *ca-*

---

[1] Sulle differenze fra l'obbligazione con clausola penale, la facoltativa e l'alternativa, vedi § 64, nota 1.

parra nel diritto civile italiano, si presume data anticipatamente nella conclusione del contratto, come *cautela pel risarcimento dei danni* in caso d'inadempimento: la parte, che non è in colpa, *se non preferisce l'adempimento della convenzione*, può tenersi la caparra ricevuta o domandare il doppio di quella che ha data. Può tuttavia dalle circostanze apparire la contraria volontà de' contraenti di considerare la caparra, come prova della conclusione del contratto (*confirmatoria*), o come *mulcta pœnitentialis*: onde sia dato a ciascun contraente di recedere dal contratto, perdendo la caparra già data o pagando il doppio di quella ricevuta (art. 1217).

§ 70. — Dei modi di estinzione delle obbligazioni.

Oltre il pagamento, che deve riguardarsi come lo scopo finale propostosi dai contraenti, anzichè come uno dei modi di estinzione delle obbligazioni, sono notevoli fra essi i seguenti:

1) *Novazione.— Novatio est prioris debiti in alienam obligationem*[1] . . . . *transfusio atque translatio: hoc est, cum ex præcedente causa ita nova constituatur, ut prior perimatur. Novatio enim a novo nomen accepit, et a nova obligatione* (L. 1, Dig. 46, 2). La novazione può avvenire: 1) per mutamento dell'*obbietto* dell'obbligazione: *mutatur status et causa prioris obligationis;* 2) per mutarsi del subbietto *creditor* in forza di una *nuova obbligazione;*[2] 3) per mutarsi del *debitore*, sotto la duplice forma di *expromissio* senza il

---

[1] Ho tralasciato le parole *vel civilem, vel naturalem*, che si leggono nel testo di Ulpiano, perchè, come ho avvertito di sopra (§ 67), oggidì torna impossibile la novazione di un'obbligazione naturale.

[2] Perciò non importano *novazione* nè l'*adiectio solutionis causa*, nè la *cessione*, nè la *surrogazione*, che presuppongono l'esistenza della *prima* obbligazione con tutte le garentie accessorie (art. 1273).

consenso del debitore originario o di *delegazione*, col consenso e per mandato di lui[1] (art. 1267). La novazione presuppone una obbligazione *da novare*, un'obbligazione *novativa* e l'*animus novandi*, esplicito o *implicito*; a patto però che risulti chiaramente dall'atto, non mai che lo si possa *presumere*.[2] Salvo i casi d'*inesistenza* dell'obbligazione novativa, la prima obbligazione non rivive per fatti sopravvenuti. In caso di delegazione, se il delegato era già in istato di non solvenza o di fallimento al tempo della delegazione, il creditore delegatario ha un'*azione di regresso* contro il debitore delegante: ma tale azione, sfornita delle garentie originariamente stipulate, è affatto diversa da quella inerente alla prima obbligazione (art. 1272). — Salvo il caso di espressa riserva da parte del creditore, la novazione produce l'estinzione di tutte le garentie accessorie della prima obbligazione estinta (art. 1274, 1275, 1277): e, pel medesimo principio, il debitore delegato non può opporre al creditore delegatario le eccezioni opponibili al debitore delegante, ad esempio, la compensazione.[3]

---

[1] A differenza dell'*expromissio*, e per eccezione al principio che in tema di novazione basta oggidì il consenso *tacito*, la delegazione suppone che il *creditor delegatarius espressamente* dichiari di liberare il *debitor delegans*, accettando il *debitor delegatus* (art. 1270, 1271 e 1272).

[2] Così si è voluta abrogare la Legge ult. Cod. *De novationibus*, che richiedeva l'*espressa* dichiarazione dei contraenti di volere estinguere la prima obbligazione: però l'*animus novandi tacito*, che può risultare *ex factis concludentibus*, è affatto diverso dal *presunto*. È una mera ricerca *di fatto*, sottratta alla censura della Corte di Cassazione quella relativa alla sussistenza dell'*animus novandi*.

[3] Il creditore delegatario non agisce come rappresentante dei diritti e delle ragioni del debitore delegante, ma *iure proprio*, in forza della stessa delegazione. Il debitore delegato può opporre al creditore delegatario soltanto le eccezioni *personali*, fondate sopra un fatto ancora sussistente al tempo della delegazione, e che produce anche la nullità di essa; ad esempio, l'eccezione di nullità per minore età del delegato (art. 1278).

2) *Rimessione.* — Essa è una specie di *rinunzia;* onde può revocarsi, sinchè non sia accettata; non si presume: *nemo facile res suas iactare præsumitur;*[1] può essere fatta soltanto da chi abbia la libera disponibilità del diritto rinunziato; non può avere per obbietto diritti, sui quali non si può transigere, o che toccano il diritto pubblico. — La rimessione del debito può essere *espressa, tacita* e *presunta.* Si *presume* la rimessione, se il creditore *volontariamente*[2] restituisce al *debitore*[3] *l'originale scrittura privata,*[4] donde risulta il credito. — Pel principio, che non vi ha *præsumptiones hominis* di rimessione, il giudice non può dalla rimessione del pegno argomentare la rimessione dell'obbligazione principale, nè da quella in favore dei fideiussori l'altra in favore degli obbligati principali (art. 1280, 1282).

3) *Compensazione,* la quale è definita nelle fonti romane: *debiti et crediti inter se contributio* (art. 1285).[5] La compensazione è *legale* e *facoltativa.* La prima si opera *di pieno diritto,* nel momento stesso della con-

---

[1] Il che vuol dire che non si ammettono *præsumptiones hominis:* che la rimessione possa risultare da una *præsumptio iuris tantum,* la quale inverte l'*onus probandi,* è manifesto dall'art. 1279.

[2] Il creditore può con ogni mezzo dimostrare in contrario, che il titolo trovasi presso il debitore per trafugamento, dolo, errore, violazione di deposito, ec.

[3] Non gioverebbe provare il fatto della consegna *ad un terzo,* salvo il caso che egli fosse un *mandatario* del debitore.

[4] Non si avrebbe rimessione, se fosse restituita la *copia;* o se il titolo del credito fosse un *atto pubblico.*

[5] La compensazione è fondata sul principio: *Dolo petis, quod mox restiturus es;* mantiene l'eguaglianza fra due, creditori e debitori a un tempo; l'uno dei quali potrebbe essere danneggiato dall'insolvibilità dell'altro. Essa d'altra parte diminuisce le liti; e fu questa la ragione, onde venne del tutto esclusa o molto ristretta nelle corti dei feudatari, che ritraevano lauto provento dall'amministrazione della giustizia.

temporanea esistenza dei due debiti e crediti; l'altra invece si verifica in seguito di una dichiarazione di volontà delle parti o di pronunziato del giudice, sia che la parte cui non può opporsi l'*exceptio compensationis*, l'ammetta spontaneamente, rinunziando al beneficio legale; sia che il magistrato sospenda di pronunziare sulla domanda dell' attore, finchè non sia liquidato e quindi compensabile il credito dedotto dal convenuto con domanda riconvenzionale.[1] La compensazione *legale* suppone: 1) la coesistenza di due debiti e di due crediti, che si estinguono *pro concurrenti quantitate;*[2] 2) che abbiano per obbietto cose *fungibili* della medesima *qualità,* giacchè niuno è obbligato a ricevere in pagamento una cosa diversa da quella dedotta nel contratto;[3] 3) che siano *liquidi,* certi cioè circa l'*an* e il *quantum debeatur;* 4) che siano *esigibili:* non sono tali i debiti *naturali,* prescritti, soggetti a condizione sospensiva non ancora adempita o a termine;[4] 5) il creditore in una delle due obbligazioni deve

---

[1] Se si verifica la compensazione *legale,* gl'interessi dei crediti compensati cessano nel momento stesso del loro simultaneo incontro: per effetto della compensazione *facoltativa* gl'interessi cessano invece al tempo della dichiarazione di volontà o della sentenza. La compensazione *legale* viene soltanto *dichiarata* dal giudice, e dà origine a un'eccezione *perentoria,* proponibile anche per la prima volta in grado di appello: invece la compensazione *facoltativa* viene *ordinata* dal giudice, e la *domanda riconvenzionale* che le dà origine, dev'essere sempre proposta in prima istanza.

[2] Non osta alla compensazione la diversità della causa civile o commerciale, delle garentie, degl'interessi e del luogo di pagamento; in quest'ultimo caso bisogna però tener conto delle spese di trasporto (art. 1292).

[3] Tuttavia è ammessa la compensazione fra somme di denaro e prestazioni in grano o in derrate, il cui prezzo sia determinato dalle pubbliche *mercuriali* (art. 1287).

[4] In quest'ultimo caso però può aver luogo la compensazione *facoltativa,* se il debitore rinunzia al beneficio del termine. Le dilazioni concesse gratuitamente, *intuitu pietatis vel amicitiæ causa,* e non

essere a un tempo debitore *diretto e principale* dell'altro: onde la compensazione non ha luogo fra il credito dell'amministratore e il credito, che ha il suo debitore verso l'amministrato; fra il credito del fideiussore e il credito di colui, in favore del quale la fideiussione fu prestata; fra il credito, che il debitore ceduto ha acquistato contro il cedente dopo la notifica o l'accettazione della cessione e il credito del cessionario. — La compensazione legale non può aver luogo: *a*) quando la relativa eccezione si propone di ritardare o impedire il rilascio di una cosa, di cui il proprietario attore fu *ingiustamente spogliato: spoliatus ante omnia restituendus; b*) di impedire o ritardare la restituzione di cose *depositate* o *comodate; c*) contro chi domanda *alimenti non soggetti a sequestro* (art. 1800, Cod. civ.; 592, Proc. civ.); *d*) se il debitore ha preventivamente rinunziato alla compensazione. — *Compensatio est instar solutionis;* se vi sono più debiti compensabili, la compensazione avrà luogo secondo le regole dell'*imputazione* de' pagamenti (art. 1293). Al pari del pagamento, la compensazione non può aver luogo, se il credito da compensare nacque dopochè il creditore del suo creditore aveva già pignorato o sequestrato la somma dovutagli (art. 1294).

4) *Confusione*,[1] fondata sull'impossibilità, che coesistano nella stessa persona le due qualità di debitore

---

in virtù di una clausola del contratto o per sentenza del giudice (art. 1165), non debbono ricadere in danno del creditore che le ha concesse, e quindi non impediscono la compensazione *legale* (art. 1288).

[1] A differenza della *compensazione* che estingue *due* debiti e *due* crediti, la *confusione* ne estingue *uno solo* nei limiti dell'impossibilità giuridica, che coesistano nella stessa persona le qualità di creditore e debitore. Di conseguenza il debito estinto per confusione si calcola per determinare la massa ereditaria; e se gli eredi sono più, il debitore coerede è liberato solo *sino alla concorrenza della sua quota ereditaria,* fin dove cioè giunge l'impossibilità che egli *paghi a sè stesso.*

e creditore: essa ha luogo, quando il creditore è divenuto erede puro e semplice del debitore, o il debitore del creditore, oppure quando un terzo diviene erede puro e semplice di entrambi. L'accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario (art. 968), o di un legato particolare non induce confusione. Gli effetti della confusione possono cessare per causa preesistente (*ex tunc*), come se il successibile fosse indegno, o fosse annullata l'accettazione dell'eredità a cagione della violenza o del dolo intervenutovi: possono cessare per causa volontaria e sopravvenuta (*ex nunc*), per effetto della vendita dei diritti ereditari. In entrambi i casi il credito estinto rinasce; il venditore è tenuto a rimborsare il compratore dei suoi debiti verso l'eredità, e d'altra parte può pretendere il pagamento dei crediti, che vantava contro il testatore (art. 1545).

5) *Della perdita della cosa dovuta* (*interitus rei*). — Se l'obbligazione ha per obbietto un *corpo certo e determinato*, oppure un corpo certo da prendersi in una *specie* (*genera et quantitates nunquam pereunt*), e *per caso fortuito o forza maggiore*, il corpo o tutta la specie sia interamente perita, o posta fuori commercio, o smarrita in guisa, che se ne ignori l'esistenza, il debitore è liberato (§ 69). Tuttavia, se il debitore ha assunto a suo carico il rischio del caso fortuito, o è *in mora* all'adempimento dell'obbligazione, è obbligato a prestare i danni e interessi, salvo che riesca a provare, che se pure fosse stata consegnata, la cosa, sarebbe egualmente perita presso il creditore (art. 1298, 1299). — Se l'obbligazione ha per obbietto il *fatto* del debitore (locazione di opera), bisogna distinguere se il caso fortuito o la forza maggiore renda impossibile la prestazione di uno dei contraenti, o le prestazioni reciproche di entrambi. In quest'ultimo caso il contratto vien meno per *mancanza di causa*: nel primo invece

il contraente, il cui *fatto* non può prestarsi, può *di regola* domandare tuttavia la *controprestazione:* del rimanente in questa materia il giudice ha facoltà assai larghe, specie per la considerazione che il caso fortuito libera dall'obbligazione, e dà diritto alla controprestazione *ne locator remaneat in damno,* ma gli nuoce, *ut non remaneat in lucro; quomodo remaneret, si non præstita opera, quam locasset, mercedem nihilominus retineret.*[1]

6) *Nullità e rescissione.* — L'obbligazione può essere *inesistente* o *annullabile,* secondochè manca di un requisito essenziale all'*esistenza* o alla *validità: rescindibile,* se è infetta dal vizio della *lesione; revocabile* per vizi *sopravvenuti* (art. 1081, 1083), o per *frode* (art. 1235). — L'*annullabilità* può procedere da varie cause: quelle, che formano argomento degli art. 1300 a 1309, sono *soltanto*[2] le nullità dipendenti da *incapacità dei contraenti,* da *inosservanza delle forme* stabilite nell'interesse degl'incapaci e da *vizi del consenso.* Tutte le suddette nullità sono *relative,* nel senso, che non possono essere dedotte, fuorchè dall'incapace o dai suoi rappresentanti, e da chi non prestò consenso valido: esse devono essere pronunziate, anche quando agl'incapaci o a coloro, che consentirono viziosamente, non derivò alcun *danno* dal contratto.[3] La nullità può essere

[1] La regola *casum sentit dominus* è erronea e incompleta: nelle obbligazioni bilaterali chi è il *dominus? quid,* se l'obbligazione non ha per obbietto il trasferimento del *dominio,* ma l'*uso* di una certa cosa e la controprestazione è appunto una retribuzione pel tempo dell'uso? (art. 1578, 1560).

[2] Di qui è chiaro che l'azione di simulazione, di ripetizione d'indebito, di falsità *istrumentale* e la Pauliana, le quali non sono propriamente azioni di *nullità,* non siano comprese negli articoli citati: di conseguenza esse sono soggette alla prescrizione ordinaria *trentennale* e non alla *quinquennale.*

[3] Sta in ciò una delle differenze fra l'*azione di nullità* e l'*azione di lesione,* la quale può essere troncata nel suo corso dall'offerta del convenuto di pagare il supplemento del giusto prezzo (art. 1042, 1534). Vedi su tutta la materia dell'invalidità degli atti giuridici le mie *Istituzioni* (Sistema), vol. I, § 60.

fatta valere così in via di *azione*, come in via di *eccezione*. L'*azione* si prescrive in cinque anni dal giorno della maggiore età, o, dello scioglimento del matrimonio, o da quello, in cui fu tolta l'interdizione o l'inabilitazione, oppure cessò la violenza o fu scoverto l'errore: l'*eccezione* invece, *se è diretta a impedire la esecuzione del contratto*, è imprescrittibile per la massima: *quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*[1] (art. 1300, 1301, 1302, 1303). Non è data *azione*, nè *eccezione* di nullità agl'incapaci per le obbligazioni nascenti da *delitti* e *quasi-delitti*; e neppure per quelle nascenti dal *contratto*, se con *raggiri* o mezzi *dolosi* essi hanno occultato di essere incapaci.[2] L'azione di *rescissione* a causa di *lesione*, ha luogo nella *divisione* per lesione oltre il *quarto* (art. 1038), nella *vendita d'immobili*, se il *venditore* è stato leso oltre la *metà* del giusto prezzo (art. 1529), nella *permuta*, se il rifacimento in denaro supera il valore dell'immobile permutato, onde il contratto viene riguardato come una vendita (art. 1554). All'infuori dei casi suddetti, neanche il minore ha diritto di sperimentare l'azione di rescissione: *non restituitur* (*in integrum*) *tamquam minor, sed tamquam læsus* (art. 1308). — Pronunziata la *nullità* o la *rescissione* dell'atto, le cose debbono essere ridotte *ad pristinum*[3] colla restituzione delle prestazioni reciproche: però l'incapace è obbligato a restituire soltanto ciò, di cui si è avvantaggiato, *in quantum locupletior factus est*: la prova dell'arricchimento è a carico di chi ha pagato (art. 1307). — Alle azioni di

[1] Vedi GIANTURCO, *Istituzioni* (Sistema) *di diritto civile*, § 73.

[2] Notisi però che a costituire in dolo l'incapace non basta la dichiarazione da lui fatta di essere capace: altrimenti tale dichiarazione diverrebbe una *clausola di stile*, diretta a eludere le leggi di diritto pubblico intorno alla capacità delle persone (art. 1305).

[3] A differenza degli atti *nulli*, cui si applica la massima: *Resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis*; la *lesione* non produce effetto a danno di coloro che hanno acquistato diritti sull'immobile *prima* della trascrizione della domanda di rescissione (art. 1308).

nullità si può contrapporre, siccome abbiamo notato di sopra, l'*exceptio præscriptionis*, o la *ratifica posteriore* (conferma), onde il vizio dell' atto *claudicans* è sanato.[1] La ratifica è *tacita*, se chi poteva avvalersi della nullità, ha *volontariamente eseguita* l' obbligazione: è *espressa*, se contiene la sostanza dell' obbligazione annullabile, il motivo che la rende viziosa, e la dichiarazione, che s' intende correggere il vizio (art. 1309). La conferma, espressa o tacita, non può aver luogo, che *in tempo di capacità*, cessata la violenza, dileguato l' errore, fatto manifesto il raggiro: essa ha forza *retroattiva ad initium negotii*, salvo i diritti acquistati dai terzi[2] (art. 1309). — La *ratifica* non vale a sanare il vizio della *lesione*, la quale costituisce una parziale mancanza di causa: *confirmatio nil dat novi*: il venditore può soltanto rimettere e donare il dippiù del valore, *posteriormente al contratto* (art. 1309, 1529): onde la sola eccezione che valga a precludere la via all' azione di lesione è la prescrizione *quinquennale* o *biennale* (art. 1531). — A maggior ragione la *ratifica* non vale a dar vita a un atto *inesistente* (art. 1310): tuttavia l' esecuzione *volontaria* o *conferma* di una *donazione* o disposizione testamentaria da parte degli *eredi* del donante o testatore, *dopo la morte di lui*, include la rinunzia a opporre i vizi di forma e *ogni altra eccezione*[3] (art. 1311).

---

[1] È per ciò che la ratifica differisce dalla *novazione*, la quale invece *estingue* l'obbligazione precedente.

[2] Quindi chi ha venduto un immobile in età minore, e dipoi lo ha rivenduto validamente in età maggiore, non può *in danno del secondo acquirente* ratificare la prima vendita.

[3] Un tentativo, degnissimo di meditazione, per conciliare questa disposizione *eccezionale* col sistema generale del nostro Codice circa gli atti *inesistenti*, ha fatto recentemente il De Crescenzo; v. *Filangieri*, anno 1885.

§ 71. — Della prova delle obbligazioni e della loro estinzione.

Nozioni generali. — La prova è costituita dai fatti dimostrativi della verità dell'azione e dell'eccezione; i soli *fatti* abbisognano di prova, il *diritto* dev'essere conosciuto dal giudice (*facta probantur, iura deducuntur: iura novit curia*), ammenochè non si tratti di diritto straniero o di diritto consuetudinario italiano.

Il diritto straniero, considerato come *res facti*, può provarsi coll'esibizione del testo autentico, coi documenti ufficiali, cogli atti di notorietà dei magistrati del luogo, coi pareri dei giureconsulti, e finanche con testimoni o meglio con deposizioni di periti (*peritis ex virtute officii*). Non sono ammessi però nè il giuramento decisorio, che rimetterebbe in balía di una delle parti la sussistenza o l'interpetrazione del diritto straniero, nè i certificati dei nostri agenti diplomatici e consolari.

La consuetudine d'ordinario si prova per testimoni: però la prova di essa differisce da quella di un mero fatto, poichè:

1) se il giudice conosce la consuetudine per notorietà giudiziaria, non è obbligato ad ordinarne la prova: invece pel principio *iudex iudicare debet secundum alligata et probata,* egli deve in ogni caso ordinare la prova di un mero fatto, sebbene stragiudizialmente ne abbia piena conoscenza;

2) la prova della consuetudine è sempre ammissibile, qualunque sia il valore della controversia; laddove la prova dei fatti giuridici di regola non è ammissibile oltre le lire 500 (art. 1341).

Il magistrato deve giudicare secondo le prove raccolte e fornitegli dalle parti, *iuxta alligata et probata,* quindi:

1) non può ritenere come provati fatti di cui abbia conoscenza personale, o che risultino dalla notorietà pubblica; anzi quando è richiesta la notorietà del fatto (esempio, art. 150), e venga contestata, deve provarsi anche essa;

2) non può fondare il suo convincimento, se non sulle prove raccolte nelle forme procedurali stabilite, e *nel giudizio,* in cui i fatti da provare vengono dedotti: quindi non farebbero stato le prove raccolte in un diverso giudizio civile.

La prova può essere *inammissibile* o *non pertinente*. La prova è *inammissibile* (*quæstio iuris*), quando la legge non consente la dimostrazione di alcuni fatti, o richiede sia fatta con alcuni soltanto dei mezzi di prova. Non è *pertinente* (*quæstio facti*), quando non influisce sulla decisione della controversia; come se si volesse provare, che il testatore interdetto scrisse il testamento in lucidi intervalli, non più riconosciuti dalle nostre leggi: *frustra probatur, quod probatum non relevat.*

L'*onus probandi* è a carico di chi vuole fondare sulla dimostrazione di un fatto una decisione a lui favorevole: *onus probandi incumbit ei qui dicit:* di conseguenza l'attore deve provare il fatto, che serve di fondamento alla sua azione, e il convenuto, quello, su cui si fonda la sua eccezione: « In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem, velut intentionem, implere » (L. 19, pr. Dig. 22, 3). « Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur; nam reus in exceptione actor est » (L. 1, Dig. 44, 1). È assolutamente erronea la massima: *negativa non sunt probanda,* da cui gli antichi dedussero, che

spettasse alla parte avversa provare l'affermativa: infatti la mancanza di notizie deve essere provata da chi domanda la dichiarazione di assenza, l'inesistenza del debito da chi sperimenta la *condictio indebiti*. Certamente la prova di un fatto negativo, per l'indermina-tezza sua non può essere così piena, come quella di un fatto positivo, e talora è addirittura impossibile, *non quia negativa, sed quia absolute indefinita:* ma da ciò non si può dedurre, che s'inverta il carico della prova, e che dall'una esso passi all'altra parte.

La prova deve riguardare il fatto e le determinazioni, inseparabili da esso: quindi il creditore *sub conditione* o a termine deve dimostrare anche l'adempimento della condizione e la scadenza del termine. Ma provato il fatto, su cui si fonda l'azione o l'eccezione, chi l'allega non è tenuto a provare ancora, che il diritto non si è estinto, nè ch'esso è tuttora illimitato e pieno, nè che non sono sopravvenuti ostacoli di fatto o di diritto al suo esercizio. Così chi chiede l'adempimento dell'obbligazione non è obbligato a dimostrare, che il creditore non l'ha soddisfatta: la pruova dell'estinzione dell'obbligazione incombe al creditore, che l'allega (art. 1312); del pari chi eccepisce la prescrizione non è obbligato a dimostrare la mancanza d'interruzione o di sospensione della medesima.

Il magistrato di merito è sovrano estimatore della prova: non vi è più nessuna regola assoluta, che segni norme e limiti al suo convincimento.

Dei documenti pubblici e privati. — Debbono farsi per atto scritto, pubblico o privato, a pena d'inesistenza (*solemnitatis causa*), i contratti traslativi di proprietà, o costitutivi di diritti reali sopra immobili, le locazioni e le società, riguardanti immobili per oltre nove anni, le transazioni ec. (art. 1314).

A) *Atti autentici.* — Perchè un atto scritto possa

dirsi *autentico* debbono concorrere quattro condizioni (art. 1315):

1) dev' essere ricevuto da un pubblico ufficiale, *specialmente* autorizzato. Sono ufficiali pubblici i sindaci, gli uscieri, i cancellieri e i notai, ciascuno per quegli atti, pei quali è *specialmente* autorizzato: le pubbliche funzioni non danno per sè sole il diritto di ricevere atti e tanto meno di dar loro il carattere dell' autenticità;

2) l' ufficiale pubblico dev' essere *competente* per *materia* e per *territorio:* quindi per ragione d' incompetenza territoriale sarebbe nullo un atto di citazione intimato dall' usciere fuori dei limiti della Pretura, del Tribunale o della Corte, cui è addetto, o un atto rogato dal notaio fuori del distretto, in cui ha la sua residenza legale, giusta l' art. 26 del testo unico delle leggi sul notariato, approvato con Decreto del 25 maggio 1879;

3) l' ufficiale dev' essere capace a ricevere l' atto: deve quindi trovarsi nell' esercizio legale delle sue funzioni, e non esserne impedito dalla qualità delle persone, che intervengono nell' atto: quindi non è valido l' atto ricevuto dal notaio, se la dichiarazione della destituzione o della sospensione è stata già pubblicata nel Giornale degli annunzi giudiziari (art. 34, del cit. testo unico 25 maggio 1879). Má per riguardo alla buona fede delle parti, debbono ritenersi validi gli atti compiuti dal notaio dopo la notificazione della destituzione o sospensione, ma prima della pubblicazione di essa nel Giornale degli annunzi giudiziari: e gli atti ricevuti da chi fosse stato nominato pubblico ufficiale, pur mancando di alcuno dei requisiti richiesti per la nomina;

4) occorre da ultimo, che l' ufficiale pubblico osservi le formalità stabilite da leggi particolari, e in ispecie da quella sul notariato, a pena di nullità dell' atto (art. 49, del testo unico delle leggi sul notariato).

L' atto pubblico fa piena fede della convenzione (*quod conventum*) e dei fatti, seguiti alla presenza del notaio o di altro pubblico ufficiale (*quod actum est*); di tutto quello insomma, che l' ufficiale pubblico attesta di conoscere *de visu et auditu, ex propriis sensibus*. La verità dei fatti suddetti non può essere impugnata, che colla querela di falso (art. 1317) in via penale o in via civile, *incidentalmente* o *principalmente*.[1]

All' incontro l' atto pubblico fa fede soltanto sino a prova contraria della sincerità e verità delle dichiarazioni fatte dalle parti; dei fatti morali, intorno ai quali il notaio ha espresso la sua opinione personale, come se avesse dichiarato, che il testatore o i contraenti erano sani di mente; e dei fatti giuridici, dei quali il notaio non si sia diligentemente accertato, come se abbia dichiarato, che i contraenti erano di età maggiore e nel pieno godimento dei diritti civili.

Sebbene i contratti non abbiano *effetto* rispetto ai terzi, pure i fatti accertati con atti autentici fanno *fede* anche rispetto ad essi, sino a querela di falso; mentre la verità intrinseca delle dichiarazioni fatte dalle parti può da loro essere impugnata per simulazione o per altra causa, con testimoni e con presunzioni.

Oltre le clausole *dispositive* (*quod actum est*), l' atto autentico può contenere clausole *enunciative*, che potrebbero cioè essere soppresse, senza che ne venisse alterata la sostanza dell' atto. Di esse alcune sono *dirette*, poichè hanno un immediato rapporto colla disposizione principale, e l' atto autentico ne fa piena fede, come delle clausole dispositive; così, ad esempio, se nel titolo ricognitivo di una rendita perpetua, si dicesse, che la ren-

[1] Notisi però che non sarebbe necessaria la querela di falso per dimostrare un errore materiale incorso nell' atto, se l' errore apparisse dal contesto del medesimo o da altri elementi sincroni, egualmente autentici.

dita medesima è stata ridotta per parziale rimborso del capitale: le *enunciative indirette*, estranee all'atto, costituiscono invece un semplice principio di prova, come se il venditore dichiarasse che il fondo venduto gode un diritto di servitù sul fondo di un terzo, estraneo all'atto; o il mutuante, che il denaro mutuato l'ha egli stesso preso a mutuo da un terzo. Anche le enunciative, *in quanto alla prova*, fanno la medesima fede rispetto alle parti, e rispetto ai terzi; se sono *dirette*, sino a querela di falso, e se *indirette*, sino a prova contraria.

Oltre la *forza probante*, le copie di prima edizione degli atti autentici contrattuali (poichè gli originali rimangono alligati nei protocolli del pubblico ufficiale) hanno *forza esecutiva* (art. 553, 554, n. 3, e 555, Proc. civ.); onde, in virtù di esse si può procedere all'esecuzione forzata.

Nel diritto antico l'atto autentico conservava piena forza probante ed esecutiva, *finchè non ne fosse provata la falsità*: oggi invece per l'art. 1317, 2° comma, durante le more del giudizio penale di falso, l'esecuzione dell'atto viene sospesa *de iure*, se fu spiccato il mandato di cattura: se non fu spiccato, o se la querela di falso fu proposta in via civile, l'autorità giudiziaria *può* sospendere l'esecuzione dell'atto, secondo le circostanze.

B) *Scritture private*. — Dicesi scrittura privata qualunque atto scritto, non ricevuto da un pubblico ufficiale, purchè sia sottoscritto[1] dalle parti. Anche le lettere

[1] La *sottoscrizione* è il solo ed essenziale requisito delle scritture private: essa non può essere supplita nè dal *segno di croce*, nè dall'intervento di testimoni. Il Codice civile albertino riconosceva in certi limiti e con certe formalità la validità della scrittura *crocesegnata*: e nella pratica di molti piccoli comunelli l'uso del *segno di croce* è tuttora frequente. — Oltre la *sottoscrizione*, le scritture che contengono promessa unilaterale di pagare una somma di denaro o altra

rientrano nella categoria delle scritture private; ma la loro esibizione in giudizio è vietata, quando importa una violazione del segreto delle lettere: se esse furono dirette a terze persone, la loro esibizione non è permessa senza il consenso di queste: anzi, malgrado il loro consenso, debbono essere respinte dagli atti, se sono di natura confidenziale.

La firma può essere apposta dopo o prima della redazione dell'atto: anche in quest'ultimo caso, sebbene la *firma* sia data *in bianco,* il sottoscrittore è validamente obbligato in virtù del mandato, che si presume conferito al redattore dell'atto. Il sottoscrittore può tuttavia provare, che il mandatario ha trasgredito il mandato o che l'atto è stato redatto da un terzo, cui il foglio in bianco non fu affidato. Nel primo caso, sebbene il mandatario sia reo *di abuso di un foglio in bianco,* l'obbligazione del sottoscrittore rispetto ai terzi rimane ferma; nel secondo, poichè il terzo è reo *di falso* (art. 628 del Cod. penale), gli atti compiuti coi terzi dal falsario non hanno alcun valore rispetto al sottoscrittore, cui nessuna colpa si può imputare.

Gli atti privati non hanno *forza esecutiva;* ma, purchè ne sia riconosciuta o verificata giudizialmente la sottoscrizione, hanno la medesima *forza probante* dell'atto pubblico, così rispetto alle parti, come rispetto ai loro eredi e aventi causa e ai terzi, del tenore della convenzione e delle enunciative, che vi si riferiscono direttamente. Nell'antico diritto ritenevasi, che le scrit-

---

cosa determinata *in pondere, numero et mensura,* debbono, per valere come *prova piena,* essere scritte per intero di pugno dell'obbligato o munite del *bono* e *approvato* coll'indicazione in *tutte lettere* della somma o quantità da pagare. Se vi sia differenza fra la somma o quantità indicata nel corpo dell'atto e quella indicata nel *bono* e *approvato, ad id quod minimum est, redigenda summa est* (art. 1325, 1326). Tali restrizioni furono introdotte per evitare gli abusi, cui davano occasione le firme in bianco.

ture private non avessero nessun valore, sino a che non fosse accertata la verità della sottoscrizione: oggi invece non è necessario, che chi vuole servirsi di una scrittura privata ne domandi preliminarmente la ricognizione: spetta alla parte, contro cui la scrittura è prodotta, d'impugnarne la sottoscrizione e di chiederne la verifica; altrimenti il silenzio equivale a riconoscimento (art. 1320). Notisi però, che se la scrittura privata è opposta a chi l'ha sottoscritta, questi è tenuto a riconoscere o a negare formalmente la propria sottoscrizione; se invece è opposta agli eredi o aventi causa di lui, essi possono limitarsi a dichiarare di non conoscere la firma. In entrambi i casi se ne ordina la verificazione con titoli di confronto, perizie e testimoni, secondo le regole stabilite negli art. 282 a 295 del Codice di Procedura civile (art. 1321, 1322, Cod. civ.).

Non si può far luogo alla verificazione, ma soltanto alla querela di falso, se le sottoscrizioni sono state autenticate dal notaio in presenza di due testimoni (art. 1323). Però, non ostante l'autentica o la verifica, la parte conserva sempre il diritto di far valere le proprie ragioni contro il *contenuto* dell'atto, ad esempio, le eccezioni di nullità per dolo o per errore (art. 1324).

Mentre in quanto al *tenore della convenzione* e alle *enunciative* che vi si riferiscono *direttamente*, le scritture private fanno la medesima fede dell'atto pubblico: in quanto alla loro *data* invece fanno fede *sino a prova contraria* rispetto alle parti, ai loro eredi e anche rispetto agli aventi causa, quando non agiscano *per diritto proprio*: e rispetto ai terzi, la data non è *certa*, se non dal giorno in cui le scritture sono state trascritte o registrate, o è morto o posto nella fisica impossibilità di scrivere colui o uno di coloro, che le hanno sottoscritte, nelle qualità di parte o di testimoni; o la sostanza delle medesime è provata da atti autentici, come i processi

verbali di apposizione di sigilli o d'inventario, oppure è accertata da altre prove equivalenti, ad esempio, il timbro postale sopra di una cartolina (art. 1327).

Vi sono atti scritti, che fanno fede, sebbene mancanti delle *sottoscrizioni*, così: 1) *i libri di commercio*, in qualunque modo tenuti, fanno piena fede *contro* il loro autore commerciante: rispetto ai non commercianti *possono* essere considerati come *principio di prova scritta*. Il magistrato può ordinare l'*esibizione* e la *comunicazione* dei libri di commercio, poichè ai commercianti non è dato d'invocare il principio: *nemo tenetur edere contra se* (art. 1328, 1329, Cod. civ.; 27, 28, 48, Cod. comm.); 2) *i registri* e *le carte domestiche* di esito e introito, scritti di pugno di colui, al quale sono opposti, fanno fede *contro* di lui, quando enunciano formalmente la ricevuta di un pagamento, oppure contengono un'espressa menzione, che l'annotazione è stata scritta per supplire alla mancanza del titolo a favore del creditore (art. 1330); 3) *le annotazioni* poste dal creditore, in calce, in margine o nel dorso di un suo titolo di credito o equivalente a quietanza, fanno fede *contro di lui*, purchè siano scritte di suo pugno e il titolo sia sempre rimasto in suo potere: fa fede *contro* il creditore anche l'annotazione da lui posta in margine, in calce o nel dorso del duplicato di un titolo proprio del debitore, o di una precedente quietanza, purchè sia scritta di pugno del creditore, e il titolo sia sempre rimasto presso il debitore (art. 1331). In nessun caso gli scritti suindicati possono valere *in favore* di chi li ha redatti pel principio, che *niuno può creare titoli a sè medesimo*.

Delle copie degli atti pubblici e privati. — Fanno fede eguale all'originale le copie degli atti pubblici rilasciate dall'ufficiale pubblico, che le ha ricevute o è incaricato di autenticarle (art. 1333, 1° comma): fanno

fede anche le copie estratte dall'archivista dalle copie depositate nei pubblici archivi (art. 1334). Di conseguenza la parte non può richiedere l'esibizione dell'originale, ma solamente la collazione della copia (art. 1335, Cod. civ.; 918 a 920, Proc. civ).

Anche in mancanza dell'originale, le copie estratte dal medesimo o da altra copia depositata in pubblico archivio, fanno piena fede, purchè non siano abrase, nè diano luogo a sospetto di falsità. Possono anzi esse stesse servire di originale, per estrarne altre copie, purchè si trovino in un pubblico archivio o vi siano depositate (art. 1336, 1337).

Le copie estratte da ufficiali non autorizzati possono, in mancanza di originale o di copia depositata in un pubblico archivio, servire di principio di prova se sono fatte da più di trent'anni: se sono più recenti, valgono, come semplici indizi (art. 1338): le copie, che fossero trascritte solamente nei pubblici registri valgono, come principio di prova scritta (art. 1339): le copie delle scritture private, il cui originale è depositato in un pubblico archivio, fanno fede, come l'originale stesso (art. 1333, 2° comma).

Delle tacche o taglie di contrassegno. — Le tacche di contrassegno valgono, come prova scritta, *anche oltre* le 500 lire fra le persone, che *usano comprovare* per tal modo le somministrazioni che fanno e ricevono.

La taglia non fa fede, fuorchè quando risponde esattamente al contrassegno di riscontro: ma essa non perderebbe la sua forza probante, sol perchè l'altra parte che possiede il contrassegno, rifiutasse di esibirlo (art. 1332).

Degli atti di ricognizione. — Gli atti di ricognizione non importano novazione di obbligazioni e diritti preesistenti; ma si propongono solamente di fornirne la prova e d'impedirne la prescrizione (art. 2136, 2129). La ricognizione non muta menomamente il contenuto

del diritto cui si riferisce: *recognitio nil dat novi.* Di qui i canonisti trassero la conseguenza, che l'estensione e il contenuto del diritto stesso non potessero essere determinati dall'atto ricognitivo, ma unicamente dal titolo primordiale; ammenochè più atti di ricognizione, scritti da più che trent'anni, non fossero conformi tra loro. I canonisti applicarono questo principio alle ricognizioni fatte dai Pontefici: Molineo e Pothier, per proteggere i vassalli dagli abusi dei signori feudali, distinsero la recognitio *in forma communi* dalla recognitio *in forma speciali et dispositiva, vel ex certa scientia,* che conteneva tutto il tenore della convenzione principale: solamente quest'ultima dispensava il creditore o il feudatario dall'esibire il titolo primordiale. Il nostro codice ha abolito la suddetta distinzione, statuendo, che l'atto ricognitivo di per sè solo fa piena fede; onde spetta al *debitore* ed ai suoi aventi causa di dimostrare l'errore o l'eccesso della ricognizione, coll'esibizione del titolo primordiale. Nella coesistenza di più atti di ricognizione, prevale il *posteriore* di data, quand'anche più gravoso pel debitore: così si è abrogato anche l'altro principio del diritto francese, che le clausole aggiunte agli atti di ricognizione fossero senz'effetto, se non avevano riscontro nel titolo primitivo (art. 1340).

Della prova testimoniale. — Salvo alcune lievi restrizioni, nel diritto romano la prova testimoniale era ammissibile in ogni specie di controversie e perfino contro lo scritto. Anche in Francia prevalse dapprima lo stesso principio, formulato nell'adagio: *i testimoni vincono lo scritto.* Ma il pericolo della subornazione dei testimoni e l'incertezza di un siffatto mezzo di prova, indussero i legislatori posteriori a introdurre, specialmente in materia contrattuale, restrizioni notevoli.

Inammissibilità della prova testimoniale per materia e per valore. — 1) La prova testimoniale delle

obbligazioni e della loro *estinzione* è inammissibile, se il *valore* del fatto giuridico, cui si riferisce, eccede le 500 lire: notisi che la medesima regola è applicabile anche ai depositi *volontari* (art. 1341). Di qui segue che tali atti debbono essere redatti per iscritto *probationis causa.* Dai *fatti giuridici* si distinguono i *fatti semplici,* i quali di per sè non producono nè diritti, nè obbligazioni; ma sono capaci di produrli, quando si ricollegano ad un fatto giuridico. Così sono fatti *giuridici* le obbligazioni e i loro modi di estinzione; all'incontro sono fatti *semplici* gli *avvenimenti della natura,* come il piantare, il seminare, il mietere ed in generale gli atti di possesso. I fatti semplici possono sempre provarsi per testimoni; se sono ricollegati a fatti giuridici, la prova testimoniale sarà inammissibile rispetto a questi, ed ammissibile rispetto a quelli; così chi sostiene di aver posseduto per mezzo di un affittuario potrà provare con testimoni i fatti di possesso, ma dovrà provare per iscritto il contratto di affitto, se il valore di esso eccede le 500 lire.

Questi principii hanno un'importante applicazione in materia *penale.* Il legislatore per impedire che la prova testimoniale, ristretta in angusti confini dal Codice civile, rientrasse col medesimo intento e senza limitazioni in materia penale, ha stabilito nell'art. 848 del Codice di procedura penale: « Ogni qualvolta per l'accertamento dei reati debba provarsi l'esistenza dei contratti, da cui dipendono, si ammetterà a questo fine, in un colle altre prove, anche la prova testimoniale, qualora fosse ammissibile a norma delle leggi civili.[1] » Quindi in un giudizio penale di appropriazione indebita potrà provarsi con testimoni l'*inversione ad uso proprio,* ma dovrà

[1] POLLIO, *Della retta intelligenza dell'art. 848 Proc. penale.* Napoli, 1886.

provarsi per iscritto il contratto di *mandato* o di *deposito,* se ha un valore superiore alle 500 lire. — 2) Per decidere se il fatto giuridico ha un valore superiore a 500 lire, si deve guardare unicamente al valore dell'*oggetto,* che forma materia del fatto controverso. Di qui segue: *a*) che la prova testimoniale di un'obbligazione superiore alle 500 lire è inammissibile, quand'anche l'attore domandi meno, sia che riduca la sua prima domanda, o rinunzi al soprappiù, sia che chiegga una parte o il residuo di somme maggiori (art. 1343, 1344); *b*) nel valore controverso debbono comprendersi tutte le prestazioni *accessorie:* quindi è inammissibile la prova, se il capitale cogl'interessi eccede le 500 lire; nè è lecito al creditore di chiedere i soli interessi di un capitale, che da solo ecceda i limiti del valore (art. 1342): del pari la clausola penale, che ha liquidato i danni *in antecedens,* entra nel computo del valore; *c*) la prova testimoniale è inammissibile anche quando la domanda sia composta di *più capi distinti,* relativi a crediti provenienti da diverse cause, e che da soli non eccedono le 500 lire. Si fa eccezione al suddetto principio solamente quando i crediti derivano da *diverse persone* per successione, donazione, cessione od altrimenti (art. 1345). Per evitare che si faccia frode alle sue disposizioni, la legge ha inoltre disposto che tutte le domande contro la stessa persona, che non siano giustificate per iscritto, si debbano *cumulare* nel medesimo giudizio; le domande che venissero proposte nei giudizi successivi, non possono provarsi per testimoni (art. 1346); *d*) è inammissibile la prova testimoniale, se il *solidum obligationis* eccede le 500 lire; all'incontro nell'obbligazione *rateale* il valore è determinato rispetto alla quota di ciascun obbligato.

Oltre i casi enumerati più sopra, la prova testimoniale è inammissibile *anche per un valore inferiore alle 500 lire,* quando la scrittura è richiesta *ad solemni-*

tatem, o quando la prova fosse rivolta a dimostrare fatti *contrari* a quelli dichiarati in un atto *scritto*, oppure *innovazioni* apportatevi *prima*, al *momento* e *dopo la redazione* di esso.[1] Tuttavia la prova sarebbe ammissibile: *a*) per dimostrare l'estinzione dell'obbligazione accertata per iscritto, quando la somma pagata non fosse superiore alle 500 lire; *b*) per interpretare le clausole *ambigue* di un atto scritto; ad esempio, se nel fondo venduto, indicato senza le necessarie confinazioni, si comprendà un'estensione di terreno contigua appartenente allo stesso venditore; *c*) per istabilire *fra le parti* la *data* di una convenzione scritta non datata, oppure l'ora dell'intimazione di due atti notificati nello stesso giorno. In materia commerciale la prova testimoniale è ammissibile senz'alcuna limitazione di valore, e perfino *contro* ed *oltre il contenuto in atti scritti* (art. 1341, e 44 Cod. comm.): spetta al magistrato di giudicare, se nel caso concreto sia utile e conveniente ammetterla.

Eccezioni all' inammissibilità della prova testimoniale. — La prova testimoniale può essere ammessa anche *oltre le 500 lire*, e *contro* o *in aggiunta* al contenuto in atti scritti, quando sia avvalorata da un *principio di prova scritta*, o quando vi sia stata *impossibilità fisica o morale*, di procurarsela e di conservarla. — 1) Il principio di prova scritta consiste in: *a*) un atto *scritto* di qualsiasi forma e natura, come una lettera, un'annotazione marginale su foglio volante, un atto notarile nullo per difetto di forma, ma sottoscritto dalle parti, una polizza sfornita del bono od approvato, ec.;

---

[1] Così non si potrebbe provare con testimoni, che alla convenzione scritta fu dipoi aggiunto un termine o una condizione, oppure fu accordata una dilazione al pagamento: del pari tutte le altre modificazioni verbali avvenute dopo la stipula, quand' anche non siano contrarie all'atto scritto, non possono provarsi con testimoni.

b) l' atto dev' essere stato scritto *da colui al quale si oppone*, oppure *dal suo autore o mandatario; c*) lo scritto deve rendere *verosimile* il fatto allegato; la questione di verosimiglianza importa un giudizio *di fatto* sottratto alla censura della Corte di Cassazione (art. 1347). — 2) L' impossibilità di procurarsi la prova scritta si verifica: *a*) nei *delitti* e *quasi-delitti; b*) nei *quasi-contratti*; *c*) nei *depositi necessari* fatti in caso d' incendio, rovina, tumulto o naufragio ed in quelli fatti dai viaggiatori negli alberghi dove alloggiano, o ai vetturini per terra e per acqua. In tali casi però l' ammissione della prova è rimessa al prudente criterio del magistrato, che dovrà decidere *secondo la qualità delle persone e le circostanze di fatto;*[1] *d*) nelle obbligazioni contratte in caso di *accidenti impreveduti*, che non permettessero di fare atti per iscritto; *e*) del pari è ammissibile la prova testimoniale della *violenza* o del *dolo: f*) l' *impossibilità* di procacciarsi la prova scritta può essere anche *morale:* di conseguenza potranno provarsi con testimoni senza limite di valore le convenzioni verbali fra genitori e figli, fra fratelli, fra amici strettissimi: spetta al magistrato di merito giudicare, se davvero vi sia stata impossibilità morale. — 3) In ultimo luogo la prova testimoniale è ammissibile senza limite, se il creditore ha *perduto* il documento, che gli serviva di prova per iscritto, in conseguenza di un *caso fortuito impreveduto e derivante da forza maggiore* e non per effetto di sua negligenza. Il creditore deve in tal caso provare il *caso fortuito* e il *tenore dell' atto scritto perduto* (art. 1348).

Delle presunzioni. — Le *præsumptiones iuris* o rendono del tutto inutile e inammissibile la prova contraria (*iuris et de iure, assolute*), o invertono il carico

---

[1] GIANTURCO, v. *Alberghi*, nell' *Enciclopedia giuridica* del Mancini.

della prova (*iuris tantum, semplici*). Per esse il giudice è obbligato a ritenere il fatto, come provato, assolutamente o fino a prova contraria, sebbene sia moralmente convinto della falsità o inesistenza di esso: se facesse altrimenti, il suo pronunziato sarebbe censurabile da parte della Corte di Cassazione. All'incontro le *præsumptiones hominis* sono mere congetture e deduzioni, contro le quali la prova contraria è sempre ammissibile; nè l'onere della prova passa per esse da chi afferma, e in cui favore concorrono le presunzioni, all'altra parte, che nega il fatto o il rapporto giuridico. Notisi, che il giudice di merito è libero e sovrano estimatore della forza probante delle presunzioni *hominis*: egli può fondare il suo convincimento sopra una sola presunzione, sebbene contraddetta da moltissime altre, pel principio, che le presunzioni non si *contano*, ma si *pesano*.

Le presunzioni legali sono stabilite da leggi *speciali*, che derogano al diritto comune della prova, e non possono quindi estendersi ad altri atti o fatti, sebbene siano evidentissimi i rapporti fra il fatto noto e l'ignoto (articolo 1350). All'incontro le presunzioni *hominis seu iudicis* possono ricavarsi da qualunque fatto; e sono sempre ammissibili, anche in mancanza di uno speciale precetto legislativo, in tutti i casi, in cui sarebbe ammissibile la *prova testimoniale*, purchè esse siano *gravi*, *precise* e *concordanti* (art. 1354).

Fra le presunzioni legali sono notevoli: 1) quelle, per cui la legge annulla certi atti, reputandoli compiuti in frode delle sue disposizioni (es., art. 773, 1053); 2) quelle, per cui la proprietà o la liberazione risulta da determinate circostanze (es., art. 546, 547, 565, 568, 1279); 3) la presunzione di verità attribuita alla cosa giudicata, *res iudicata pro veritate habetur*: ma di essa più appresso.

Le presunzioni legali di regola ammettono la prova contraria: per eccezione non è ammessa alcuna prova contro quelle, sul cui fondamento si annullano certi atti, o si nega l'azione in giudizio[1] (art. 1353).

Della confessione. — La *confessione* è considerata dal nostro Codice come una prova (*probatio probatissima*): essa stabilisce propriamente una verità convenzionale, che non può essere più sottoposta alle contestazioni delle parti, nè agli apprezzamenti del giudice; poichè importa il formale riconoscimento del fatto giuridico, su cui è fondata l'azione o l'eccezione. Di conseguenza non costituiscono confessioni le dichiarazioni fatte *ioci causa,* nè quelle che non si riferiscono ai *fatti* della causa, ma al *diritto,* secondo il quale deve decidersi la controversia; poichè in quest' ultimo caso il magistrato dovrà sempre ricercare, se la dichiarazione di una delle parti sia conforme alla legge.

La confessione è *giudiziale,* se è fatta in giudizio dalla parte o dal suo procuratore speciale; è *stragiudiziale,* se è fatta fuori giudizio. La confessione giudiziale fa sempre piena prova, ancorchè siasi resa in un giudizio diverso, civile o penale, oppure innanzi ad un giudice incompetente per ragione di materia, di valore o di territorio o innanzi ad arbitri, e ad autorità amministrative in *sede contenziosa;* invece la confessione stragiudiziale fa piena fede solamente quando sia stata fatta alla *parte* o chi la *rappresenta:* se è fatta ad un

---

[1] Anzichè riferirsi al caso, in cui la legge nega l'*azione in giudizio,* poichè allora si avrebbe una mera obbligazione naturale, l'articolo 1353 avrebbe dovuto aver riguardo al caso, che all'azione si opponga un'eccezione *perentoria.* Questo è stato senza dubbio il vero concetto del legislatore, il quale volle con la suddetta espressione dichiarare *iuris et de iure* la presunzione nascente dalla *res iudicata.* Laurent, XIX, 618; Aubry e Rau, VIII, § 750, nº 9.

terzo estraneo vale come semplice *indizio* (art. 1355 a 1358).

La confessione giudiziale è accertata dagli atti autentici redatti nel giudizio; e può risultare dalle risposte date ad un interrogatorio proposto dalla parte avversa (art. 216 e seg., Proc. civile), o dalle dichiarazioni fatte in occasione della comparsa personale delle parti. La confessione stragiudiziale non può essere dimostrata per testimoni, se non quando il fatto giuridico, cui essa si riferisce, è per sè stesso capace di prova testimoniale (art. 1359).

La confessione non può farsi, che da chi ha la libera disponibilità del diritto, che forma l'obbietto della controversia. Di conseguenza: 1) i minori, gl'interdetti, gl'inabilitati non possono fare alcuna efficace confessione; 2) i mandatari legali o convenzionali non possono rendere confessioni che in virtù di un mandato *speciale*; 3) la confessione dev'essere fatta dalla parte, che soffre danno pel riconoscimento del diritto altrui. Quindi non nuoce alla moglie la confessione fatta dal marito, intervenuto nel giudizio col solo intento di autorizzarla: nè agli altri eredi fiduciari la dichiarazione di fiducia fatta da uno di essi [1] (art. 829).

La confessione giudiziale o stragiudiziale è inefficace nei casi seguenti: 1) quando il diritto, cui si riferisce, non può essere obbietto di rinunzia, nè di transazione: ad esempio, nelle quistioni di nullità di matrimonio o di separazione personale, e nei giudizi di stato (art. 165, ult. comma); 2) quando per espressa disposizione di legge, il riconoscimento di un fatto giuridico è vietato, o improduttivo di effetti giuridici: ad esempio, il riconoscimento di un figlio incestuoso o adulterino; 3) quando la

[1] Vedi GIANTURCO, *Delle fiducie nel diritto civile italiano*, parte II, § 6, seconda edizione.

prova scritta è richiesta *solemnitatis causa:* la vendita d'un immobile e la donazione continuano a essere inesistenti, non ostante la confessione delle parti. All'infuori de' casi suesposti la confessione fa piena fede, indipendentemente dall' *accettazione* dell' altra parte: non può ritrattarsi sotto il pretesto di un errore di *diritto,* ma può rivocarsi, se chi l'ha resa dimostri, che fu la conseguenza di un errore di *fatto* (art. 1360, 3° comma). La confessione dicesi *pura e semplice,* quando contiene solamente il riconoscimento del diritto altrui: *qualificata,* quando apporta qualche modifica o restrizione al diritto riconosciuto; così, se il possessore di un biglietto confessi la falsità della causa ivi espressa, ma ne soggiunga un'altra egualmente lecita: da ultimo la confessione dicesi *complessa,* quando chi la rende riconosce il diritto altrui, ma soggiunge inoltre un fatto, capace di fondare una *eccezione* in suo favore; confessa, ad esempio, l'esistenza del debito, ma dichiara di averlo soddisfatto. La confessione qualificata e la complessa sono *indivisibili,* quando i due fatti sono talmente stretti fra loro, che l'uno appaia come la conseguenza ordinaria dell'altro: all'incontro, se l'uno dei fatti sia del tutto distinto dall'altro, la confessione può benissimo scindersi in danno di chi l'ha fatta; ad esempio, se egli riconosce l'esistenza del debito, ma soggiunge, che si sia estinto per compensazione con un suo credito. L'indivisibilità della confessione importa, che la parte, in cui favore è resa, non può ritenere come provati alcuni fatti e come sforniti di prova gli altri, che le tornino dannosi: ella può soltanto provare la falsità della confessione, in quanto giova a chi la rese; finchè questa prova contraria non è fornita, *tutti* i fatti confessati debbono ritenersi egualmente e pienamente dimostrati (art. 1360, 1° comma).

Del giuramento. — Il giuramento è la solenne affermazione [1] della verità di un fatto o di un rapporto giuridico. Il giuramento può essere *giudiziale* o *estragiudiziale* (art. 282, Cod. civ.); *promissorio* o *affermativo*, secondochè tende ad assicurare l'adempimento di una promessa, o la verità di un'asserzione, ad esempio, quello che prestano i testimoni. Oggidì la forza morale del giuramento è di molto scemata; ma ne conserva tuttavia tanta nei piccoli centri e nelle campagne, che può rendere ancora utili servigi alla giustizia.

Il giuramento si divide inoltre in *decisorio*, quando l'una *parte* lo deferisce all'altra per farne dipendere la decisione della controversia; e *confessorio*, quando viene deferito dal *giudice* ad una delle parti, per completare la prova *insufficiente*. Il giuramento *confessorio* si divide alla sua volta in *suppletorio* e *estimatorio* (art. 1363 e 1374).

A) *Del giuramento decisorio.* — L'attore ed il convenuto possono rimettere la decisione dell'azione o del-

[1] In Roma dapprima si soleva giurare invocando Giove, *vindex iurisiurandi:* in seguito, per effetto dell'etica stoica, che separò il dovere dai concetti religiosi, non si reputò necessaria l'invocazione della divinità: bastava l'*affirmatio religiosa*, una formula tale cioè, che vincolasse la coscienza del giurante; ad esempio: *Per caput tuum vel filiorum, per genium principis, per patris cineres*. Il diritto canonico vietò il giuramento *per creaturam* (Cod. 26, X, *De iureiur.*, II, 23), e fece prevalere il carattere religioso. L'art. 226 del Codice di procedura civile stabilì la formula: *Giuro, chiamando Dio in testimonio della verità di quanto dichiaro*, osservati nel resto i riti speciali della religione professata dalla parte. Ma la legge del 30 giugno 1876, n° 3184, restituì al giuramento il suo carattere civile: non è chi giura che deve invocare la divinità: spetta invece al magistrato ricordargli l'importanza morale del giuramento e il vincolo che i credenti contraggono con esso innanzi a Dio. Con la suddetta riforma però non è venuta meno la differenza fra il giuramento e la confessione; poichè mentre nessuno è giuridicamente obbligato a confessare il proprio torto, vi è obbligato strettamente quegli, al quale sia stato deferito il giuramento.

l'eccezione al giuramento, che importa *transazione irrevocabile* sulle pretese reciproche.

Di qui deriva: 1) che il giuramento può deferirsi solamente alla parte *direttamente interessata* alla decisione della causa; non si potrebbe deferire al marito, intervenuto nel giudizio col solo scopo di autorizzare la moglie; 2) che il giuramento non può essere nè deferito, nè accettato da coloro, che non hanno il *diritto di transigere* sull' obbietto della controversia: non può essere deferito nè accettato dai tutori, dai sindaci, dai mandatari legali o convenzionali, se non in virtù di un esplicita e speciale autorizzazione; 3) non può deferirsi, che sopra fatti specifici, *personali* di colui, al quale è dato: tuttavia si ammette il *giuramento di credulità* sulla semplice *notizia* di un fatto, il quale può prestarsi anche dai mandatari legali, che sono incapaci di prestare un vero e proprio giuramento decisorio (art. 1365 e 2142); 4) di regola il giuramento decisorio è ammesso in ogni specie di controversia; è inammissibile però nei casi, in cui la legge richiede, *solemnitatis causa,* un altro genere di prova e quando la controversia riguarda obbietti, che non possono formare materia di transazione; come nelle azioni di stato, o di separazione personale, per provare atti giuridici, per la cui esistenza la legge richiede un atto scritto; per impugnare un fatto, che un atto pubblico attesti seguito nell'atto stesso avanti l' uffiziale pubblico, che l' ha ricevuto (art. 1364); 5) appunto perchè il giuramento decisorio importa un' assoluta ed *irrevocabile* transazione, chi l'ha deferito non è ammesso a provare la falsità del giuramento [1] (art. 1370); 6) il giuramento può deferirsi in qualunque *grado* e *stato* della causa; in 1ª ed in 2ª istanza, ma

---

[1] « Iureiurando dato vel remisso, reus quidem adquirit exceptionem sibi aliisque: actor vero actionem adquirit; in qua hoc solum quæritur, an iuraverit, *dari sibi oportere.* » (L. 9, § 1, Dig. 12, 2.)

non innanzi alla Corte di Cassazione; 7) il giuramento dev' essere deferito sopra fatti *rilevanti* e *decisivi* di tutta o di parte della controversia; 8) poichè per effetto del giuramento ha luogo una transazione, la parte, che l' ha deferito può *revocarlo* prima che l' altra parte l'abbia accettato, o prima che una sentenza passata in giudicato l' abbia ammesso: la rivocazione è efficace, anche dopo la sentenza irrevocabile di ammissione, e dopo che la parte contraria ha dichiarato di essere pronta a giurare, se nella sentenza fu variata la formola proposta dal deferente; ammenochè con atti posteriori non abbia fatto *acquiescenza* alla formola variata (art. 1372, 1° e 2° comma).

Il giuramento decisorio può essere *riferito* al deferente, purchè: *a*) il fatto, che ne forma obbietto sia *comune* ad entrambe le parti; *b*) e la parte, cui fu deferito, non abbia già dichiarato di essere *pronta a giurare*. La parte, cui è deferito il giuramento, ha l' obbligo di giurare e non può deferirlo una seconda volta; altrimenti il giudizio si aggirerebbe in un circolo vizioso (art. 1369, 1368). La parte, che ha deferito il giuramento non può più revocarlo, quando l' altra parte ha dichiarato di essere *pronta* a giurare, e si è formato così il *quasi contratto giudiziario* (art. 1372, ult. comma).

La verità dell' azione e dell' eccezione si ha per accertata irrevocabilmente: 1) se la parte, cui fu deferito, ha prestato il giuramento; 2) se colui, al quale è stato deferito o riferito il giuramento, *ricusi* di prestarlo (art. 1367); 3) se chi ha deferito o riferito il giuramento *dispensi* il suo avversario dal prestarlo (art. 1371).

Il giuramento, come la *res iudicata* fonda un' *exceptio iurisiurandi,* onde non si può più rimettere in dubbio la verità dell' azione o dell' eccezione. Però al pari dell'*exceptio rei iudicatæ, l' exceptio iurisiurandi* suppone l'*eadem res,* l'*eadem causa,* le *eædem personæ:*

del pari *tertio neque prodest, neque nocet:* deferito da uno dei creditori al debitore solidale, non lo libera, che per la porzione dovuta a quel creditore; mentre deferito al debitore principale libera i fideiussori, pel principio che estinto il principale si estinguono gli accessori: qualora venga deferito sull' *esistenza del debito,* e non sul *fatto della solidalità o della fideiussione,* il giuramento di uno dei debitori solidali e del fideiussore giova ai condebitori e al debitore principale (art. 1373).

B) *Giuramento suppletorio.* — *Solent sæpe iudices in dubiis causis, exacto iureiurando, secundum eum iudicare, qui iuraverit* (L. 31, Dig. 12, 2; L. 3, Cod. 4, 1). Il giuramento suppletorio serve a *compiere* il convincimento del giudice: laonde egli non può deferirlo, fuorchè quando concorrano le seguenti condizioni: 1) che la domanda o l'eccezione *non sia pienamente provata;* 2) che le medesime non sieno *totalmente mancanti di prova.* È quindi necessario un *principio di prova,* ammissibile secondo il valore e la natura della controversia: perciò le presunzioni dell' uomo, trattandosi di una controversia eccedente le 500 lire, non autorizzano il giudice a deferire il giuramento suppletorio; poichè esse si ammettono nei soli casi, in cui è ammissibile la prova testimoniale: il giudice dovrebbe di conseguenza *rigettare* la domanda (art. 1375).

Le principali differenze fra il giuramento decisorio e il suppletorio sono le seguenti: *a)* il suppletorio si deferisce d' *ufficio,* laddove il decisorio dev' essere sempre deferito *dalle parti; b)* il suppletorio può essere deferito all' una o all' altra delle parti a scelta del giudice; *c)* il suppletorio *non* può essere *riferito* all' altra parte (art. 1376); *d)* il suppletorio può deferirsi anche sopra fatti *non personali* di chi deve prestarlo, ma di cui abbia *conoscenza; e)* la parte, cui il giuramento suppletorio è stato deferito, può rifiutarsi di prestarlo: nè

il rifiuto importa per legge riconoscimento dei fatti, su cui essa doveva giurare: il giudice può trarne soltanto un elemento di convinzione in fatto, se decide la causa allo stato degli atti; *f*) è lecito in appello dimostrare la *falsità* del giuramento suppletorio.

C) *Giuramento estimatorio in litem.* — Quando non si può con alcun mezzo di prova diretta determinare il valore di una cosa, che si sarebbe dovuta restituire o esibire, il giudice è autorizzato a deferire il giuramento all'attore, fissando un limite, oltre il quale non gli si presterà più fede (*cum taxatione*) (art. 1377). Neanche il giuramento estimatorio può essere riferito; ed in appello si può con ogni mezzo determinare il valore della cosa e dimostrare la falsità del giuramento.

CONTRATTI SPECIALI.[1]

§ 72. — Del contratto di matrimonio.

Nozioni generali. — Dopo di aver considerato il matrimonio, come *vincolo personale* e come *atto dello stato civile*, occorre qui riguardarlo, come *contratto patrimoniale*, regolatore del regime dei beni degli sposi. I *regimi matrimoniali* ammessi dal nostro Codice sono *la dote* e *la comunione* dei beni:[2] in mancanza di stipula-

[1] La classificazione dei contratti speciali nel diritto moderno è uno dei più difficili argomenti della *metodologia*. Vedi Bruns, *Das heut. röm. Recht*, nell'*Encyclopädie* di Holtzendorff; Filomusi-Guelfi, *Enc. giur.*, § 56. Pel principio scritto nell'art. 1125 e per l'abolizione delle forme sacramentali della *stipulatio*, la classificazione romana di contratti *verbali, letterali, reali, consensuali, innominati* e dei patti *nudi* e *vestiti* è inapplicabile nel diritto moderno. Servendo più alla semplicità e alla chiarezza, che al sistema, ho stimato bene seguire l'ordine stesso del Codice, annoverando però fra i contratti speciali la *donazione*, la quale nel *Sistema* potrebbe bene trovar luogo nella *Parte generale*.

[2] I due regimi possono anche coesistere (art. 1425, 1433).

zioni apposite ciascuno degli sposi conserverà ed eserciterà i suoi diritti sui propri beni *separatamente.*[1] — Il contratto di matrimonio è sempre subordinato alla condizione, *che il matrimonio segua* (art. 1068), e in forma *valida;* onde la nullità del matrimonio, come vincolo *personale,* salvo il caso del matrimonio *putativo,* trae seco la nullità delle *convenzioni* matrimoniali.

In via di eccezione alle regole generali sulla capacità, chi è capace di contrarre matrimonio, è altresì capace di conchiudere tutte le convenzioni, in *occasione* e *a causa di esso,* colla sola assistenza di quelle persone, *il cui consenso è richiesto pel matrimonio, come vincolo personale* (*habilis ad nuptias, habilis ad matrimonii consequentias*) (art. 1386). — A pena d' *inesistenza* il contratto di matrimonio dev' essere fatto per *atto pubblico:* se il matrimonio ha luogo fra persone, delle quali una è commerciante, il contratto dev' essere *pubblicato* nelle forme stabilite dagli art. 16, 17 e 18, del Codice di commercio. — Non si può colle stipulazioni private derogare nei contratti matrimoniali alle norme di diritto pubblico, riguardanti l' ordine della famiglia e delle successioni: onde è nullo il patto, che i figli nascituri siano educati nella religione del padre, esercente la patria potestà, e le figlie nella religione della madre: del pari è nulla la *rinunzia a successioni future*[2] (art. 1379, 1380, 954). — Le convenzioni matrimoniali non possono stipularsi, nè in qualsiasi modo *modificarsi, dopo* la celebrazione del matrimonio, *ne coniuges mutuo amore invicem spoliarentur.* Non si possono, neanche *prima* del matrimonio, modificare le convenzioni

---

[1] Così il Codice italiano ha ripudiato il sistema dei regimi *legali,* stabiliti cioè per legge, a fine di supplire al silenzio degli sposi contraenti.

[2] Non sono più ammesse le *istituzioni contrattuali:* vedi gli articoli 1038 e segg. *delle leggi civili napoletane.*

già stipulate, eccettochè le controdichiarazioni siano redatte *per atto pubblico*, al pari del contratto principale, coll'intervento di tutte le persone che furono *parti* nel medesimo; e siano annotate in margine o in calce della *minuta* del contratto principale e delle copie, per avventura rimesse a un pubblico archivio o all'ufficio di trascrizione. In mancanza della suddetta *annotazione*, la controdichiarazione è inefficace rispetto ai *terzi* (art. 1383, 1384, 1385).

§ 73. — Della dote.

La dote consiste in quei beni, che la moglie o altri per essa apporta al marito *espressamente*[1] a questo titolo per sostenere i *pesi del matrimonio* (art. 1388). La dote può comprendere cose singole o un'*universitas* (*facti vel iuris*), cose corporali e cose incorporali, ad esempio, il provento della 4ª pagina di un giornale o della vendita di un libro; così i beni presenti come i beni *futuri*, che perverranno alla donna, durante il matrimonio a titolo gratuito[2] (art. 1387). Se la dote ha per obbietto cose *mobili*, la stima ne produce la *vendita*; onde il marito, in mancanza di stipulazioni contrarie, è obbligato a restituirne il valore: all'incontro la *stima* degl'*immobili* non ne produce la vendita in favore del marito (art. 1401, 1402). Per le medesime ragioni, per cui sono vietate le *donazioni fra i coniugi* durante il matrimonio, è vietato ad *essi*[3] durante il matrimonio di

[1] Posta la necessità di un'*espressa* costituzione di dote, se la donna passa a un secondo o ulteriore matrimonio, non s'intende *tacitamente* ricostituita la dote assegnata nel matrimonio precedente (art. 1390).

[2] Per i parenti della sposa e per gli estranei rimane fermo il divieto di donare *beni futuri* (art. 1064).

[3] All'incontro è valida la costituzione di dote fatta durante il matrimonio da *estranei* o da *parenti* dei coniugi.

costituire, o aumentare la dote (art. 1391, 1398, ultimo comma). Non possono neppure, pel divieto di mutare le convenzioni matrimoniali *dopo* la celebrazione del matrimonio, mutare la dote *mobiliare* in *immobiliare;* e di conseguenza l'immobile acquistato con denaro dotale non diviene dotale, se nei capitoli nuziali non fu stipulata la clausola del *reimpiego* (*subrogatio rei*), e del pari non diviene dotale l'immobile ricevuto per pagamento della dote costituita in denaro (art. 1403, 1406).[1] Sebbene la dote sia *atto di liberalità,* pure, avuto riguardo allo scopo, cui serve (*ad sustinenda onera matrimonii*), i dotanti sono tenuti a *garentire* i beni donati (art. 1077, 1396); per la medesima ragione, la dote produce *di diritto* interessi legali dal giorno del matrimonio, sebbene siasi pattuita una dilazione, eccettochè vi sia stipulazione in contrario (art. 1397). — Gli sposi possono nel contratto di matrimonio *stipulare*[2] un *lucro* sull'ammontare della dote in favore del coniuge *sopravvivente:* esso è un vero *credito* e non *diritto di successione,* e si devolve all'altro coniuge in *proprietà,* se non vi sono discendenti del coniuge premorto; altrimenti in semplice *usufrutto:* in ogni caso la stipulazione del lucro dotale non può nuocere agli eredi *riservatari* (art. 1398).

Inalienabilità della dote. — Precipuo carattere della dote è l'inalienabilità (*sensu lato*): il divieto di alienarla riguarda così la dote *immobiliare,* come la *mo-*

---

[1] Pure, anche in mancanza di apposite stipulazioni, la *subrogatio rei* ha luogo: 1) se fu autorizzata la permuta del fondo dotale: dotale del pari è il supero del prezzo o la cosa in cui venne impiegato; 2) se fu autorizzata la vendita del fondo dotale: il Tribunale provvederà all'impiego del prezzo *dotale;* 3) se fu venduto ai pubblici incanti un fondo appartenente *pro indiviso* alla dotata e a un terzo; 4) se fu espropriato a causa di pubblica utilità il fondo dotale.

[2] Non è più ammesso il lucro dotale *legale,* stabilito dal Codice sardo fino all'ammontare del terzo della dote. (Bicci, *Dei lucri dotali,* 1884.)

biliare. Esso cessa: 1) se nel contratto di matrimonio fu permessa l'alienazione o l'ipoteca; 2) se l'alienazione segua *col consenso* di entrambi i coniugi e sia autorizzata dal Tribunale civile per motivi di *necessità* o *utilità evidente*. Fuori dei due casi suddetti l'alienazione della dote è infetta da nullità *relativa:* perfino il marito, durante il matrimonio, può far annullare l'alienazione della dote, quando anche vi abbia consentito: però, se nel contratto non dichiarò che la cosa era dotale, egli è obbligato ai danni verso l'altro contraente (art. 1404, 1405, 1409).

A garentia dell'inalienabilità e della buona amministrazione della dote, e dei lucri dotali, è data alla moglie un'ipoteca *legale* sui beni del marito (art. 1969).

Diritti del marito. — Dei beni dotali è *proprietaria* la moglie, il marito ne ha l'*usufrutto legale*[1] e la *rappresentanza* in tutte le azioni reali e personali. Il solo marito ha il diritto di riscuotere i frutti e gl'interessi della dote, e può esigere la restituzione dei capitali dotali (art. 1399).

Separazione della dote dai beni del marito. — La separazione della dote può essere domandata: 1) quando la moglie sia in pericolo di perderla, o quando il disordine degli affari del marito lasci temere, che i beni di

[1] Tuttavia l'usufrutto legale del marito differisce dall'usufrutto ordinario per le seguenti ragioni: 1) il marito di regola non è tenuto a prestare cauzione: tuttavia, se durante il matrimonio sopravvenga nel patrimonio di lui un mutamento, che metta in pericolo le ragioni dotali, coloro che ne sono debitori, e che sarebbero nel numero delle persone tenute a prestare gli alimenti alla dotata, possono chiedere al Tribunale civile che il marito presti cautele sufficienti (art. 1400); 2) tutte le spese utili debbono essere rimborsate al marito, pel divieto delle donazioni *inter virum et uxorem* (art. 495); 3) i frutti così civili come *naturali* si acquistano *de die in diem* (art. 1416); 4) l'usufrutto legale sulla dote non può essere *ceduto,* se non per la porzione che rappresenta un guadagno del marito, detratta cioè la somma necessaria *ad sustinenda onera matrimonii.*

lui non siano sufficienti per soddisfare i diritti della moglie; 2) quando la moglie abbia ottenuto contro il marito *sentenza* di separazione personale passata in giudicato (art. 1418). La separazione della dote può essere domandata *soltanto* dalla moglie. Per effetto della separazione non cessa il vincolo dell'inalienabilità, ma soltanto è dato alla moglie il diritto di rappresentanza e di amministrazione delle ragioni dotali: ella però deve contribuire in proporzione delle sue sostanze alle spese domestiche e all'educazione della prole e impiegare come dotali le somme che riceve in soddisfazione della dote (art. 1423, 1424). La *sentenza*, che pronunzia la separazione della dote, è *retroattiva* sino al giorno della domanda: di conseguenza i frutti percepiti *medio tempore* appartengono alla moglie (art. 1420). A fine di evitare frodi ai terzi, e in prova della serietà del pericolo, la sentenza che pronunzia la separazione è *caducata*, se fra *sessanta giorni* non venga realmente eseguita col soddisfacimento delle ragioni della moglie, comprovato da atto pubblico; o se la moglie non prosegua il giudizio per ottenerlo (art. 1419).

Restituzione della dote. — La *restituzione* non può chiedersi che dopo lo scioglimento o l'annullamento del matrimonio, o per assenza *dichiarata* di uno dei coniugi. L'attore deve dimostrare la *consegna* e il *valore* della dote: però è stabilita in favore della *moglie* e degli *eredi* di lei [1] una presunzione *iuris tantum* della consegna, se il matrimonio sia durato *dieci anni* dopo la scadenza dei termini stabiliti pel pagamento della dote, e la dotata non ne sia essa stessa la debitrice (art. 1414). Se la dote consiste in immobili rimasti in proprietà della moglie o in mobili *non estimati*, il marito o i suoi eredi debbono restituirli *immediatamente* nello stato in

[1] Non del *dotante*.

cui si trovano, salvo il diritto a indennità pei miglioramenti e salvo la responsabilità a cagione di dolo o colpa (art. 1409, 1411). Se invece la dote consiste in denaro o in mobili *estimati*,[1] il marito non è tenuto a restituirne il valore, che *dopo un anno* dallo scioglimento del matrimonio (art. 1410, 1411). Se il marito è morto o dichiarato assente, la moglie *dotata* ha la scelta di esigere *durante l'anno del lutto* gl'interessi e i frutti della sua dote o gli alimenti dall'eredità del marito: in entrambi i casi gli eredi del marito debbono fornirle le vesti di lutto e l'abitazione[2] (art. 1415).

Beni parafernali. — Sono beni *parafernali* o *stradotali* quelli, che alla donna non furono costituiti in dote, nè furono surrogati ai beni dotali: essi sono *alienabili* e *prescrittibili*, anche durante il matrimonio (art. 1425). La moglie ne ha il pieno *dominio*, l'*amministrazione* e il *godimento*: il marito, senza mandato della moglie non può ingerirsi nel libero uso dei beni stradotali, salvo l'autorizzazione maritale nei casi previsti dall'art. 135. Però se il marito ha goduto i beni parafernali senza mandato, ma senza *opposizione* della moglie, egli è obbligato soltanto a restituire i *fructus extantes*: i *consumpti* si presumono conferiti dalla moglie al patrimonio familiare. Lo stesso ha luogo, se la moglie ha goduto i beni del marito (art. 1428, 1429, 1430, 1431, 1432).

§ 74. — Della comunione dei beni.

Il sistema *dotale* romano ha presso di noi così salde radici, che l'altro germanico della comunione pure es-

---

[1] Sebbene i mobili per effetto della *stima* siano passati in proprietà del marito, la moglie può ritenere la biancheria e ciò che serve all'ordinario suo abbigliamento, il cui prezzo verrà detratto dalla somma dovutale dagli eredi del marito.

[2] Vedi SCIALOIA, nella *Rivista* di Schupfer e Fusinato, 1886.

sendo informato al concetto più morale e liberale, che il patrimonio, formato coi sudori e la previdenza di *entrambi* i coniugi, sia comune, è praticato assai raramente. — La legge, a fine d'impedire donazioni *inter virum et uxorem* e *patti successorii*, ha vietato la comunione *universale dei beni*, e la comunione degli *acquisti*: la sola comunione permessa è quella degli *utili* (art. 1433). Di conseguenza non possono essere compresi nella comunione nè l'attivo e passivo presente dei coniugi (al tempo del matrimonio), nè quello, che venisse loro devoluto per successione o donazione durante il matrimonio; ma soltanto il *godimento* dei beni sì mobili come immobili, presenti e futuri dei coniugi, e gli *acquisti* fatti dai coniugi unitamente o separatamente durante la comunione, siano essi derivati dall'*industria comune* o da *risparmio* fatto sui frutti o sulle entrate dei coniugi,[1] *detratti però sempre i debiti della comunione* (*bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*) (art. 1435, 1436). Il marito *solo* può amministrare i beni della comunione e stare in giudizio per le azioni riguardanti la medesima: ma non può alienare o ipotecare i beni compresi nella comunione, fuorchè a *titolo oneroso*[2] (art. 1438). La comunione non si può sciogliere che per la morte di uno dei coniugi, per l'assenza dichiarata, per la separazione personale definitiva, per la separazione giudiziale dei beni, e per ragione di cattiva amministrazione o di tale disordine negli affari del marito da mettere in pericolo le ragioni

---

[1] Di conseguenza il premio vinto al lotto, non derivando dal lavoro comune dei coniugi, non potrebbe essere compreso nella comunione, eccettochè il biglietto vincitore fosse stato acquistato con denaro della comunione.

[2] La facoltà data al marito di alienare i beni comuni a titolo oneroso, senza il consenso della moglie *condomina*, contraddice al concetto della *società*.

della moglie [1] (art. 1442, 1443). Sciolta la comunione per causa diversa dalla morte, la si può ristabilire per *atto pubblico* e coi *medesimi patti* contenuti nei capitoli nuziali [2] (art. 1443). La divisione dei beni comuni ha luogo, secondo i patti stipulati; fra i quali, avuto riguardo ai maggiori guadagni di uno degli sposi, può validamente stipularsi, come patto *oneroso*, quello, che i coniugi parteciperanno in proporzioni *disuguali* (art. 1440). — La moglie e i suoi eredi (non mai il *marito*, responsabile della cattiva amministrazione) hanno facoltà di rinunziare alla comunione o di accettarla col beneficio dell'inventario, secondo le regole proprie delle *successioni* [3] (art. 1444).

§ 75. — **Della vendita.**

La compra vendita è un contratto, mercè il quale una delle parti (*venditore*) si obbliga, mediante un certo *prezzo* di trasferire all'altra (*compratore*) la *proprietà* della cosa venduta (art. 1447). La vendita quindi presuppone tre requisiti: il *consenso*, la *cosa* e il *prezzo*. 1) Il *consenso* è retto dai principii generali: la vendita è *perfetta fra le parti* [4] nel momento, che esse hanno consentito sulla cosa e sul prezzo, sebbene non ne sia ancora seguita la tradizione, nè pagato il prezzo (arti-

---

[1] Alla separazione giudiziale della comunione sono applicabili gli articoli 1418, 1420, 1421, relativi alla *separazione della dote:* però, a differenza di questa, la sentenza che discioglie la comunione non si caduca per *difetto di esecuzione* fra i sessanta giorni.

[2] Altrimenti le convenzioni matrimoniali si muterebbero durante il matrimonio.

[3] Nelle semplici *società* invece, il socio non può liberarsi dall'obbligo di contribuire al pagamento dei debiti, mercè l'*abbandono* della propria quota.

[4] Perchè abbia efficacia rispetto ai terzi occorre inoltre per gli *immobili* la *trascrizione*, e per i *mobili* la *tradizione*.

coli 1448, 1125). Tutti di regola sono capaci di comprare e vendere; *anche i coniugi fra loro, esclusa ogni presunzione di frode.* L'incapacità può derivare da ragioni generali, come ad esempio, pei minori; o da *speciali* precetti di legge (art. 2085, 1457, 1458). 2) La *cosa,* purchè sia *in commercio,*[1] può essere mobile o immobile, corporale o incorporale, presente o futura. Poichè la vendita ha per obbietto di trasferire la *proprietà* della cosa, essa è nulla, se il compratore ne era già proprietario, oppure se il venditore alienò la cosa altrui (*nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet*). L'azione di nullità si prescrive in *trent'* anni, e può proporsi dal compratore (non mai dal venditore); cui è dato inoltre il diritto al risarcimento dei danni, se ignorava, che la cosa era altrui (art. 1459). La ratifica del vero proprietario e l'usucapione compita contro di lui[2] rendono inammissibile l'azione di nullità della vendita, per mancanza d'interesse giuridico. 3) Il *prezzo* deve consistere in una somma di denaro; se consiste parte in denaro e parte in altre controprestazioni, spetta al magistrato determinare, se il contratto debba definirsi *vendita, permuta* o contratto *innominato,* secondochè prevalga o meno la somma pagata. Il prezzo dev'essere *vero,* tale cioè che non simuli una donazione (*prezzo derisorio*), nè *vile,* che implichi lesione: deve inoltre essere *certo,* cioè determinato o determinabile *per relationem* o *arbitrio boni viri* (art. 1454). — Ai tre requisiti suesposti bisogna aggiungere la forma *scritta* (*solemnitatis causa*), se si tratta di vendita d'*immobili.* Le

[1] Vedi su tutta la dottrina delle cose *in commercio* e *fuori commercio* le mie *Istituzioni* (Sistema), § 86.

[2] L'azione di nullità è del pari inammissibile, se il venditore, che non era proprietario al tempo della vendita, sia divenuto tale dipoi: alla revindica, che intentasse il venditore, osterebbe l'*exceptio rei venditæ et traditæ.*

spese dell'atto e le altre accessorie della vendita, come quelle di registro, bollo, onorario al notaio e trascrizione, salvo particolari convenzioni, sono a carico del compratore (art. 1455).

Modalità della vendita.— La condizione, il termine e i *pacta adiecta* possono variamente modificare il contenuto e gli effetti della vendita. 1) La vendita *condizionale* può essere sottoposta a condizione *sospensiva* o *risolutiva:* nel primo caso il *periculum rei,* finchè la condizione non si verifichi, è a carico del *venditore,* tuttora *proprietario;* nel secondo caso invece è a carico del *compratore.* La vendita col patto di *precedente assaggio* (*emptio ad gustum*) si *presume* fatta sotto condizione *sospensiva* (art. 1452, 1453): del pari si *presume* fatta sotto condizione sospensiva la vendita a *peso, numero e misura,* finchè le cose non siano pesate, numerate e misurate (art. 1450). Il contrapposto della vendita *pondere, numero et mensura,* è la vendita in massa (*per aversionem*), la quale ha luogo, quando le cose sono state vendute per un solo e certo prezzo, senza riguardo al peso, al numero e alla misura; oppure avuto riguardo alla quantità col solo scopo di determinare il prezzo: tale vendita è *perfetta* nel momento stesso della conclusione, prima della consegna (art. 1451). Il *pactum addictionis in diem* [1] può, *secundum ea, quæ proponerentur,* implicare una condizione *sospensiva* o *risolutiva.* 2) Il *pactum protimiseos* attribuisce al venditore un diritto *personale* di prelazione, qualora il compratore voglia rivendere la cosa. 3) Il *pactum de non alienando* è valido, quando riguardi persone determinate e duri per un *certo* tempo: è nullo invece, se tenda *genericamente* a sottrarre i beni alla

---

[1] « Ille fundus centum esto tibi emptus, nisi quis intra Kalendas ianuarias proximas *meliorem conditionem* fecerit, quo res a domino abeat. » (L. 1, Dig. 18, 2.)

libera circolazione. 4) Il *pactum de retro emendo* (patto di *riscatto*) attribuisce al venditore il diritto *reale* (articolo 1520) di riprendere la cosa venduta, mediante la restituzione del prezzo capitale e di tutti i legittimi pagamenti fatti per la cosa (art. 1515); il riscatto non può essere stipulato per un tempo maggiore di *cinque* anni (art. 1516, 1517); onde non proposta l'azione di riscatto entro il termine convenuto, il compratore rimane proprietario irrevocabile (art. 1518).

EFFETTI DELLA VENDITA.—A) *Obbligazioni del venditore.*— Il venditore ha due principali obbligazioni, quella di *consegnare* e quella di *garentire* la cosa venduta. 1) La *tradizione* è la consegna della cosa venduta in potere e possesso del compratore:[1] la tradizione può essere *reale* o *simbolica, longa manu* o *brevi manu* (articoli 1463, 1464, 1465, 1466). La cosa deve consegnarsi nel *luogo* e nello *stato,* in cui si trovava al tempo della vendita (art. 1468, 1470). Se la vendita di un immobile è stata fatta *a corpo* e non *a misura,* non vi è luogo a aumento, nè a diminuzione di prezzo, se non quando la differenza fra la misura *reale* e quella indicata nel contratto ecceda la *vigesima* parte in più o in meno del valore intero della cosa venduta: l'azione per supplemento o diminuzione del prezzo deve sperimentarsi *entro un anno* dal giorno del contratto sotto pena di *decadenza*[2] (art. 1473, 1474, 1475, 1478). 2) La *garentia,* che il venditore deve prestare al compratore, ha due oggetti: il primo riguarda il *pacifico possesso* della cosa venduta (garentia *per evizione*), il secondo riguarda i *vizi e difetti occulti* della medesima. *a*) La garentia per evizione è un requisito *naturale* del contratto (art. 1482, 1483): però non è lecito per stipulazioni private esclu-

---

[1] Notisi che nel diritto italiano come nel francese la tradizione non si attiene alla *perfezione* della vendita, come nel diritto romano, bensì soltanto alla *esecuzione* di essa.

[2] Di conseguenza il decorso del tempo non si *sospende* per causa veruna: è questa appunto una delle differenze più notevoli fra la *decadenza* e la *prescrizione.*

dere la garentia, cui il venditore desse causa per *fatto proprio* (art. 1484); ed anche nel caso di esclusione della garentia, validamente stipulata, il venditore, verificatasi l'*evizione*, è tenuto alla restituzione del prezzo (*condictio sine causa, causa data causa non secuta*), ammenochè il contratto non rivesta carattere *aleatorio* (art. 1485). L'evizione ha luogo, se il compratore sia privato per giudicato (in cui sia intervenuto o chiamato in garentia il venditore[1]), di tutta o parte della cosa comprata; oppure debba soffrire l'esercizio di *pesi*,[2] non dichiarati nel contratto (art. 1482). L'azione di garentia è diretta a ottenere la restituzione del prezzo, quella dei frutti, se il compratore evitto sia obbligato a restituirli al revindicante, le spese fatte in conseguenza della denunzia della lite al suo autore e quelle fatte dall'attore principale, il risarcimento dei danni, le spese e i legittimi pagamenti fatti pel contratto (art. 1486). *b*) La garentia pei *vizi occulti*, a cagione dei quali la cosa venduta non è atta all'uso, cui è destinata, o il compratore non avrebbe conchiuso il contratto, se li avesse conosciuti, oppure avrebbe offerto un prezzo minore, dà origine a *due* azioni, fra le quali ha luogo il concorso *elettivo*: l'azione *redibitoria*, tendente ad ottenere la risoluzione del contratto, e l'*actio quanti minoris*, tendente ad ottenere la restituzione della differenza di prezzo (art. 1501). L'azione redibitoria deve proporsi entro *un anno* dalla consegna, se si tratta d'immobili; entro *quaranta giorni*, se di animali, ed entro *tre mesi*, se di altri effetti mobili;

---

[1] Se il venditore non fosse chiamato in garentia, potrebbe liberarsi da ogni obbligazione, provando che vi erano motivi sufficienti (ad esempio, l'*exceptio praescriptionis*) per far respingere la revindica o l'azione confessoria intentata dal terzo (art. 1497).

[2] Il venditore non è tenuto a garentia per le servitù *apparenti*, sebbene non dichiarate nel contratto (art. 1494).

salvo che da *usi* particolari siano stabiliti maggiori o minori termini. — L' azione redibitoria non ha mai luogo nelle vendite *giudiziali:* nelle vendite di *animali* ha luogo soltanto pei vizi determinati dalla legge o da usi locali (art. 1505, 1506).

B) *Obbligazioni del compratore.* — L' obbligazione principale del compratore è quella di pagare il prezzo nel *giorno* e nel *luogo* determinati nel contratto, e in mancanza nel giorno e nel luogo, in cui deve farsi la tradizione (art. 1507, 1508). Però al venditore che domandi il prezzo, il compratore, che fondatamente tema di essere molestato con azioni ipotecarie o rivendicatorie, può opporre l' *exceptio non adimpleti contractus* a fin di sospendere il pagamento, finchè il venditore non abbia fatto cessare le molestie o prestata cauzione (art. 1510). Il *venditore* d'altro canto ha diritto di domandare l'*esecuzione* del contratto, o lo *scioglimento* della vendita per inadempimento degli obblighi assunti. La risoluzione segue *officio iudicis,* e senza pregiudizio dei diritti acquistati dai terzi, se si tratta di vendita d'*immobili* (art. 1511); *di diritto* invece, se si tratta di cose *mobili.* Lo scioglimento *di diritto* [1] ha luogo se il compratore nel termine stabilito per la consegna non siasi presentato per riceverla, od anche, presentatosi, non ne abbia contemporaneamente offerto il prezzo, salvochè pel pagamento di questa fosse convenuta una maggiore dilazione (art. 1511). A garentia dell' adempimento degli obblighi, risultante dal contratto di alienazione, è data al venditore un' *ipoteca legale* sull' *immobile venduto,* [2] e finchè il contratto non sia trascritto, non può avere effetto in danno dell'alienante nessuna iscrizione o tra-

[1] Nel diritto civile lo scioglimento ha luogo *di diritto* nell'interesse del *solo venditore:* nel diritto commerciale son dettate per la vendita dei mobili norme più eque e compiute negli art. 67, 68, 69.

[2] MIRABELLI G., nel *Filangieri,* 1883.

scrizione di diritti contro il nuovo proprietario (art. 1969, 1942, 1985). Il venditore di cose mobili può in mancanza di pagamento *revindicarle,*[1] sinchè si trovano *in possesso* del compratore e impedirne la rivendita, purchè la domanda venga proposta entro *quindici giorni* dal rilascio e le cose si trovino in quello stato medesimo, in cui erano al tempo della consegna (art. 1513).

Rescissione della vendita.—In favore del *venditore* soltanto, è ammessa la rescissione della vendita *convenzionale*[2] degl'*immobili* per lesione *ultra dimidium,* entro *due* anni dal giorno della vendita (art. 1529, 1530, 1531). Il compratore convenuto ha la scelta o di restituire la cosa o di ritenerla, pagando il supplemento del *giusto* prezzo (art. 1534).

Cessione dei crediti o di altri diritti incorporali.[3]—*Fra le parti* la cessione è perfetta nel momento, che hanno convenuto sulla cosa e sul prezzo, sebbene non sia stato ancora consegnato il documento dimostrativo del credito: rispetto *ai terzi* il cessionario non ha diritti, se non dopo fatta l'*intimazione* della seguita cessione al *debitore ceduto,* o dopochè questi abbia accettata la cessione con atto *autentico*[4] (art. 1538, 1539, 1540). La vendita o la cessione di un credito comprende gli *accessorii* del credito stesso, come le cauzioni, i privilegi e le ipoteche: non le rendite e gl'interessi scaduti (art. 1541). Il cedente è obbligato a garentire il *nomen verum* (sussistenza del credito); ma non è responsabile del *nomen bonum* (solvenza del debitore),

---

[1] È molto controversa l'indole di tale revindicazione.

[2] La rescissione non ha luogo nelle vendite che si fanno ai *pubblici incanti* (art. 1536).

[3] Vedi sull'indole della cessione SPINELLI, nel *Filangieri,* 1885.

[4] Fra più cessionari del medesimo credito *ipotecario* è preferito chi prima ha intimato la cessione o ne ha ottenuta l'accettazione, e non chi prima ne ha fatta l'*annotazione* sui registri pubblici: non osta l'art. 1994.

fuorchè quando ne ha assunto l'obbligo, e soltanto sino alla concorrenza del prezzo della cessione.[1] — Di regola il debitore ceduto deve pagare per intero il suo debito, quando anche superi di gran lunga il prezzo della cessione: pure, per non incoraggiare l'improba industria dei *redemptores causarum*, quegli contro cui fu da altri ceduto un diritto *litigioso*, la cui sussistenza cioè è già contestata giudizialmente, può liberarsi, rimborsando il cessionario del prezzo *reale* della cessione, colle spese e i legittimi pagamenti e cogl'interessi dal giorno, in cui il cessionario pagò il prezzo della cessione (*retratto litigioso*). Cessando la ragione della legge, non ha luogo il retratto litigioso, se la cessione fu fatta a un coerede o comproprietario del diritto ceduto, a un creditore in pagamento di quanto gli è dovuto, o al possessore del fondo soggetto al diritto litigioso (art. 1546, 1547, 1548).

§ 76. — Della permuta.

La *permuta*, a differenza della vendita, consiste nello scambio di *cosa* con *cosa* (art. 1549). Però, al pari della vendita, è un contratto *consensuale*, che si perfeziona anche prima della tradizione delle cose permutate: che *anzi*, per la grande analogia, che corre fra i due istituti, sono in generale applicabili alla permuta le regole stabilite per la vendita. — Però a differenza della vendita d'*immobili*, la permuta non può essere rescissa per *lesione*, poichè i permutanti ebbero in mente le *cose* e non il loro *valore*. Può avvenire, che in cambio della cosa ricevuta, uno dei permutanti dia all'altro la *cosa* e un rifacimento in *denaro*; in tal caso, se il rifacimento in *denaro* supera il valore della *cosa* data in permuta (come se in cambio di un immobile stimato

---

[1] Sulla *durata* della garentia del *nomen bonum*, vedi l'art. 1544.

lire 100 mila, l'altro permutante dia un immobile stimato lire 40 mila e lire 60 mila in denaro), il contratto, a causa della prevalenza del *prezzo* sulla *cosa*, deve definirsi *vendita* e non *permuta*; e può quindi essere *rescisso* in favore di quello dei permutanti, che ha *ricevuto* il rifacimento, e che perciò viene riguardato come *venditore* (art. 1549 e segg.).

§ 77. — Della donazione.

Siccome il *testamento* è il modo di disporre a titolo gratuito *mortis causa*, la *donazione* è il modo di disporre a titolo gratuito *inter vivos*: i *patti successorii* e le donazioni *mortis causa*,[1] in odio delle suggestioni e del *votum captandæ mortis*, sono aboliti. — La donazione è un *contratto*,[2] onde per spontanea liberalità (*donandi animo, nullo iure cogente*), il donante si spoglia *attualmente e irrevocabilmente* (*donner et retenir ne vaut*) della cosa donata, in favore del donatario, che l'*accetta* (art. 1050). È donazione anche la liberalità fatta per riconoscenza, o in considerazione dei meriti del donatario, o per ispeciale rimunerazione (donazione *rimuneratoria*), e quella pure, per cui s'imponga qualche peso al donatario (donatio *sub modo*): anche nei casi suddetti il donante diviene *pauperior* e il donatario *locupletior*; *non conditionis implendæ causa*, nè per concludere un accomodamento, ma *donandi animo*.

Capacità di disporre e di ricevere per donazione. — 1) Sono incapaci di *disporre* i minori, *sebbene emanci-*

[1] L. 27, 29, 35, § 2, Dig. 39, 6.

[2] Fu per l'erronea considerazione di Napoleone, primo console, che il contratto imponesse necessariamente obblighi reciproci a *entrambi* i contraenti, che nel Codice francese alla parola *contratto* fu sostituita l'altra di *atto*. È strano che il Codice italiano abbia mantenuto l'errore

pati, gl' inabilitati dal giorno, in cui fu *promosso* il giudizio d' inabilitazione, gl' interdetti giudiziali e legali, e coloro che, sebbene non interdetti, si provi non essere stati sani di mente al tempo della donazione. La donna maritata non può donare i suoi beni *parafernali* senza l' *autorizzazione* del marito; nè i *dotali* senza il *consenso* del marito e l' *omologazione* del Tribunale civile (art. 1052, 135). 2) Non possono *ricevere* per donazione, neppure sotto il nome d' *interposte persone,* coloro, che al tempo dell' *accettazione* della donazione sarebbero *assolutamente* o *relativamente* incapaci di ricevere per *testamento* (§ 103) (art. 1053, 1055). Sono inoltre vietate le donazioni *inter virum et uxorem, ne mutuo amore invicem spoliarentur* (art. 1054): se sono confermate nel testamento, varranno come *legati.*

Forma delle donazioni.— Tutti gli atti di donazione,[1] *solemnitatis causa,* debbono essere fatti per atto *pubblico:* del pari dev' essere fatta per atto *pubblico,* insieme all' atto di donazione o con atto separato, l' *accettazione* della donazione. L' accettazione dev' essere fatta in vita del donante, fino a quando è possibile l' incontro delle due volontà, necessario alla *perfezione* del contratto. L' accettazione dev' essere fatta dal donatario, o da alcune persone chiamate dalla legge a rappresentarlo e ad assisterlo (art. 1056, 1057, 1058, 1059, 1060); la nullità dell' accettazione è *assoluta,* proponibile cioè anche dal donante e dai suoi eredi e aventi causa (art. 1061): però le donazioni fatte in riguardo di un determinato matrimonio non possono venire impugnate per mancanza d' accettazione (art. 1062). A fine

[1] La solennità dell'atto *pubblico* è richiesta soltanto per le donazioni *dirette;* le donazioni *indirette,* che segnono per effetto di semplice *rimessione,* e le *manuali* (*de la main chaude*) proporzionate alle facoltà del donante, per costante giurisprudenza, sono esenti da tale formalità.

di determinare con certezza i doveri del donatario e i diritti del donante e impedire frodi ai creditori, nelle donazioni di *mobili* è necessaria inoltre la formalità della *stima* per ciascuna cosa donata, coll'indicazione del relativo valore, sia nell'atto stesso di donazione, sia in una nota a parte, da alligarsi all'originale della donazione, e sottoscritta dal donante, dal notaio e dal donatario (art. 1070).

Contenuto delle donazioni. — Sono *nulle:* 1) le donazioni di beni *futuri;* se la donazione comprende beni presenti e futuri insieme, è nulla soltanto rispetto a questi (*utile per inutile non vitiatur*) (art. 1064); 2) le donazioni fatte sotto condizioni dipendenti dalla sola volontà del donante, siano meramente potestative (*se vorrò*), siano consistenti *in factum a voluntate pendente* (*se non prenderò moglie*);[1] 3) le donazioni fatte sotto la condizione di soddisfare ad altri debiti o pesi, fuori di quelli, che esistevano al tempo di esse e *specificatamente* designati; altrimenti il donante potrebbe a sua posta falcidiare la donazione; 4) le donazioni *inter virum et uxorem;* 5) come ogni altro contratto, è nulla la donazione fatta sotto condizioni impossibili o contrarie alla legge o al buon costume; 6) è nulla del pari la donazione, che contenga *sostituzione fedecommessaria* vietata, nei casi e nei limiti stabiliti per gli atti di ultima volontà (art. 899, 900, 1073); 7) al pari della disposizione testamentaria è nulla la donazione, che ha per oggetto d'istituire o dotare beneficii *semplici,* cappellanie *laicali* e altre simili fondazioni (articoli 1075, 833). — Nelle donazioni può essere stipulata la *condizione risolutiva* di *riversibilità* dei beni al donante,

[1] Nelle obbligazioni induce nullità soltanto la condizione *meramente* potestativa: il maggiore rigore in tema di donazione è giustificato da ragioni storiche, ispirate alla massima: *Donner et retenir ne vaut.*

nel caso di premorienza del donatario o dei suoi discendenti; onde ha luogo la risoluzione *ex tunc* di tutte le alienazioni fatte dal donatario, e i beni tornano *di regola* al donante liberi da ogni peso e ipoteca. La condizione di riversibilità può essere stipulata in favore del *solo donante;* apposta in favore degli eredi di lui, includerebbe una sostituzione proibita (art. 1071, 1072).

Effetti della donazione. — La donazione è perfetta al momento dell'accettazione, anche quando non sia seguita la tradizione delle cose donate. — Il donante non risponde dei vizi occulti, e neppure dell'evizione, tranne nei casi, che la garentia sia stata formalmente promessa, che l'evizione dipenda dal *dolo* o dal fatto personale del donante, o che la donazione sia stata fatta a causa di matrimonio (art. 1077, 1396): se la donazione impone *oneri* al donatario, questi può, in caso di evizione, intentare la *condictio causa data, causa non secuta.*

Revocazione delle donazioni. — La donazione può essere *risoluta ex tunc,* per adempimento della condizione risolutiva (art. 1079), o *ex nunc* per effetto del *patto commissorio* (art. 1080): può essere *revocata* per *causa d'ingratitudine,* o per *sopravvegnenza di figli.*[1] Si può domandare la revocazione per causa d'ingratitudine, se il donatario abbia attentato alla vita del donante; se siasi reso colpevole verso di lui di altro *crimine,* di sevizie o ingiurie gravi; se gli neghi gli alimenti, quando il donante non sia in grado per altra via di procurarsi di che vivere (art. 1081). L'azione di revocazione a causa d'ingratitudine dev'essere proposta *entro l'anno* dal fatto, che vi dà luogo o dalla notizia di esso: l'azione è *attivamente* e *passivamente* perso-

[1] Non possono *revocarsi* nè per l'una, nè per l'altra causa le donazioni puramente *rimuneratorie* e quelle fatte in riguardo di un determinato *matrimonio* (art. 1087).

nalissima (art. 1082). La revocazione per sopravvegnenza di figli presuppone: 1) che il donante, al tempo della donazione, non avesse figli o discendenti legittimi, nè legittimati, nè adottivi; 2) che a lui sopravvenga un figlio legittimo, anche postumo, oppure che il donante legittimi *per susseguente matrimonio* un figlio naturale, nato *dopo* la donazione; 3) che l'azione di revocazione sia proposta *in vita* di uno dei figli sopravvenuti ed entro *cinque* anni dalla nascita dell'ultimo figlio (art. 1083, 1090). — La revocazione per sopravvegnenza di figli e a causa d'ingratitudine non nuoce ai diritti acquistati dai terzi *prima* della *trascrizione* della domanda di *revocazione* (art. 1088, 1933, n. 3).

§ 78. — Della locazione.[1]

La *locazione-conduzione* è un contratto bilaterale, mercè il quale una delle parti (*locatore*) si obbliga di *far godere* l'altra (*conduttore*) di una certa *cosa* o di prestarle un *servizio* o un'*opera*, mediante un determinato prezzo (*fitto, mercede, salario*) (art. 1568, 1569, 1570).

Requisiti del contratto di locazione sono, come nella vendita, la *cosa*, il *prezzo* e il *consenso*. 1) La *cosa* può essere *mobile* o *immobile* (*fondo rustico o urbano*), corporale o incorporale, purchè ne sia possibile la restituzione in ispecie, dopo di averne goduto; 2) il *prezzo* dev'essere *vero e certo*, e consistere in una somma di *denaro*, o in una certa quantità di *derrate*. 3) Il *consenso* sulla cosa e sul prezzo rende perfetto il contratto.

Locazione delle cose. — Le locazioni d'*immobili* non possono stipularsi per un tempo maggiore di *trent'anni*,

---

[1] Vedi COLAMARINO, *Del contratto di locazione*. Napoli, 1881.

salvochè si tratti di terreni affatto *incolti* col patto di *dissodarli,* i quali possono essere locati sino ai *cento* anni; o di casa *per abitazione,* il cui affitto può durare per tutta la vita dell' inquilino e anche per *due* anni dopo (art. 1570, 1571). Il *locatore* è tenuto a consegnare al conduttore la cosa locata *in buono stato di riparazioni,* a mantenerla in modo, che possa servire all'uso, per cui venne locata; a guarentirne al conduttore il *pacifico godimento* per tutto il tempo della locazione (art. 1575, 1576). Egli è inoltre obbligato a tenere indenne il conduttore dei difetti e vizi *occulti* della cosa locata; e a farvi le riparazioni necessarie, eccettochè si tratti di riparazioni di *piccola manutenzione, locative,* che sono a carico del conduttore. — Il *conduttore* deve d'altro canto pagare puntualmente l'affitto convenuto, godere della cosa da buon padre di famiglia, e per l'uso determinato nel contratto: denunziare al locatore le *usurpazioni* e le molestie *di diritto* inferitegli da terzi (*laudatio auctoris*), provvedendo egli stesso a rimuovere le semplici molestie *di fatto,* le quali non includono la pretesa di *diritti* sulla cosa (articoli 1583, 1581, 1582): restituire la cosa al termine della locazione, nello stato medesimo in cui l'ha ricevuta, in conformità della *descrizione* che ne sia stata fatta fra esso e il locatore; in mancanza di descrizione si *presume* contro il conduttore, che egli abbia ricevuta la cosa in buono stato di riparazioni locative (art. 1585, 1586). Vi ha regole *speciali* circa la locazione dei fondi rustici e urbani (sez. 2ª e 3ª).

Estinzione del contratto di locazione di cose. — La locazione si scioglie: 1) per l'*interitus rei;* 2) per lo *spirare del tempo,* per cui fu convenuta, senza bisogno di preventiva *licenza* (art. 1591): tuttavia se il conduttore rimane in possesso senza opposizione del locatore, ha luogo la *tacita riconduzione,* che si presume

conclusa alle stesse condizioni della locazione cessata, e costituisce un *nuovo* contratto (art. 1592); 3) per *risoluzione* del contratto. All'incontro la locazione non si scioglie per la *morte* di una delle parti, nè per la *vendita* della cosa locata, se la locazione sia anteriore alla vendita e costi da atto pubblico o da scrittura privata di *data certa;* oppure se il *possesso* del conduttore sia anteriore alla vendita: però nel primo caso la locazione rimane ferma per *tutta* la durata pattuita, nel secondo invece per la durata, per la quale s'intendono fatte le locazioni senza determinazione di tempo (articoli 1597, 1598, 1609).

Locazione delle opere e d'industria, la quale comprende: la *locatio-conductio operarum,* con cui le persone obbligano *temporaneamente* (art. 1628) la propria opera ad altrui servizio; la *locatio-conductio seu redemptio operis,* onde viene assunta *per un prezzo determinato* l'esecuzione di un lavoro in *appalto o cottimo,* coll'obbligo di consegnarlo compiuto entro un dato termine; la locazione delle opere dei *vetturini sì per terra, che per acqua,* che s'incaricano del trasporto delle persone e delle cose. 1) Nel caso che l'artefice impieghi solamente il suo lavoro o l'industria, se la cosa venga a perire in qualsivoglia modo, prima di essere consegnata, l'artefice è obbligato soltanto per la sua colpa: invece, se l'artefice abbia somministrata anche la materia, e la cosa perisca prima della consegna, la perdita è a carico di lui, ammenochè il committente non fosse incorso nella *mora accipiendi* (articoli 1635, 1636, 1637). 2) In tema di appalti, per prevenire liti, è stabilito, che l'architetto o imprenditore non possa mai domandare aumento di prezzo nè col pretesto, che sia aumentato il prezzo della mano d'opera o de' materiali, nè col pretesto, che siansi fatte al disegno convenuto aggiunte e variazioni; eccettochè que-

ste siano state approvate *in iscritto*, e ne sia stato convenuto il prezzo col committente (art. 1640): l'imprenditore e l'architetto sono inoltre responsabili della rovina dell'edificio o altre opere notabili, derivata da difetto di costruzione o vizio del suolo, durante *dieci* anni dal giorno, in cui fu compiuta l'opera: l'azione deve sperimentarsi a pena di *decadenza* entro *due* anni dacchè si è verificata la rovina totale o parziale, o vi è pericolo evidente, ch'essa avvenga (art. 1639). 3) I vetturini per terra e per acqua debbono prestare non la semplice *diligentia in abstracto*, ma la *diligentia in custodiendo*, per la quale, ove *essi* non riescano a dimostrare, che il danno è avvenuto alle cose trasportate per *vis maior* o caso fortuito, la loro responsabilità rimane ferma, al pari di quella dell'albergatore[1] (art. 1629, 1631).

Estinzione della locazione d'opere: 1) la *disdetta*, onde la *locatio-conductio operis* viene sciolta ad arbitrio del committente, sebbene il lavoro sia già cominciato, purchè egli tenga indenne l'imprenditore di tutte le spese, di tutte le opere già fatte e di tutto ciò, che avrebbe potuto guadagnare nell'impresa (art. 1641; art. 345, Legge sulle opere pubbliche del 20 marzo 1865); 2) la *morte* dell'artefice, architetto o imprenditore, salvo l'obbligo di pagare agli eredi una quota proporzionale del prezzo per le opere già fatte (art. 1642, 1643).

§ 79. — **Del contratto di società.**

La società è un contratto, col quale più persone mettono insieme *cose* o *opere* a fine di conseguire un fine *lecito* e dividere il guadagno, che ne può derivare (art. 1697, 1698).[2] Essa suppone quindi: 1) il *conferi-*

---

[1] GIANTURCO, v. *Albergatori*, nell'*Enciclopedia* del Mancini.

[2] Le società civili possono anche assumere la forma di società per azioni: in tal caso però esse sono sottoposte alle disposizioni del Codice di commercio, eccettuate quelle che riguardano il fallimento e la competenza (art. 229 del Cod. di comm.).

mento di cose o opere: se qualcuno non conferisse nulla, non si avrebbe *società*, ma *donazione* rispetto a lui; 2) un fine *lecito* e di *comune* utilità: se l'utilità fosse *propria* di alcuni soci soltanto, non si avrebbe *società*, ma *mandato*; 3) l'*affectio societatis*.[1]

Specie delle società. — Le società possono essere *universali* o *particolari*: la società *universale* può comprendere tutti i beni *presenti* e anche il *godimento* dei beni *futuri*, acquistati per successione o donazione,[2] oppure i *guadagni*, che per qualsivoglia titolo i soci acquisteranno colla loro *industria*, durante la società. Il semplice contratto di società universale, senza altra dichiarazione, non include, che la società universale dei *guadagni* (art. 1703). — È società *particolare* quella, la quale ha per oggetto determinate cose o il loro uso o i frutti, che si possono ritrarre dalle cose medesime, da una determinata impresa o dall'esercizio di qualche mestiere o professione (art. 1705, 1706).

Diritti e obblighi dei soci tra loro. — Ogni socio è debitore verso la società di tutto ciò, che ha promesso di conferire,[3] ed è obbligato alla garentia per *evizione*, se ha conferito la *proprietà* di cose determinate.[4] In man-

---

[1] La società differisce dalla semplice comunione: anche la comunione può sorgere *per contratto*, ed è quindi *incidentale* o *volontaria*, come quando più persone concorrono all'acquisto del medesimo fondo, sborsando ciascuna una parte del prezzo: sarebbe erroneo definire tale contratto come *società*, poichè manca l'*animus lucri faciendi*: ma la società dura di *regola*, finchè non sia raggiunto il fine comune; della comunione invece può essere sempre domandato lo scioglimento; la società si scioglie per *morte* di uno dei soci, poichè il contratto si suppone concluso *intuitu personæ*; la comunione invece può rimaner ferma.

[2] All'incontro è assolutamente nullo il patto di comprendere nella società universale la *proprietà* dei *futuri* beni, che perverranno ai soci per successione o donazione: un tal patto nasconderebbe una convenzione vietata intorno alla successione *futura* dei soci (articoli 1701, 1704).

[3] Sulle somme dovute e non conferite gl'interessi decorrono *di diritto* dal giorno, in cui doveva eseguirsi il pagamento, salvo inoltre l'obbligo del risarcimento dei danni: lo stesso ha luogo per le somme che il socio avesse preso dalla cassa sociale (art. 1710).

[4] È quistione di fatto decidere, se il socio ha conferito il solo

la società non rimane sciolta per l'*interitus* della cosa, la cui *proprietà* fu già conferita nella società (art. 1731); 7) per l'*interdizione*, la *non solvenza* o il *fallimento* di alcuno dei soci; 8) per la *fusione* con altra società (art. 189, Cod. comm.).

§ 80. — Della mezzadria, masseria o colonia.[1]

La *mezzadria e la soccida* partecipano della locazione e della società. La *mezzadria* è un contratto, mercè il quale il coltivatore di un fondo (*mezzaiuolo, mezzadro, colono*) ha diritto di *dividere* col locatore i *frutti* del fondo (art. 1647): la perdita per caso fortuito di tutta o di parte della raccolta è sopportata *in comune* dal locatore e dal mezzaiuolo (art. 1648). Come la società, la mezzadria s'intende contratta *intuitu personæ;* quindi, a differenza del conduttore, il mezzadro non può sublocare nè cedere la masseria; e se egli sia divenuto inabile alla coltivazione, il proprietario può domandare lo scioglimento del contratto (art. 1649, 1652). Per la medesima ragione il contratto dovrebbe disciogliersi *statim* per la *morte* del colono; tuttavia per motivi di *equità,* il contratto rimane fermo per l'anno agrario in corso; e se la morte è avvenuta negli ultimi *quattro* mesi, i figli e gli altri eredi *coabitanti* col defunto, in mancanza o nolente la vedova del colono, hanno facoltà di continuare nella colonia anche per l'anno seguente (art. 1653). — Le sementi si forniscono in comune dal locatore e dal mezzaiuolo:

[1] Notisi che la colonia *parziaria,* la quale è un misto di società e locazione, e attribuisce al mezzadro un semplice diritto *personale,* è affatto diversa dalla *colonia perpetua,* per la quale il colono si riguarda come pieno proprietario del fondo: la decima costituisce per le leggi vigenti una semplice *rendita fondiaria* (§ 84). — Vedi Rinaldi A., *Delle colonie perpetue.*

invece il bestiame occorrente per coltivare e concimare il fondo, il capitale dell' invernata, gli strumenti necessari alla coltura, lo spurgo dei fossi, le carreggiature ordinarie, le spese occorrenti per l' ordinaria coltivazione e per la raccolta dei frutti ec. sono a carico del mezzadro (art. 1655, 1656, 1657, 1658, 1659). Il colono non può raccogliere nè battere i grani, nè fare la vendemmia senza avvertirne il locatore. Per eccezione al principio che nessuno può formare titoli a sè stesso, il libro del locatore, se contiene le partite di credito e di debito con indicazione di *tempo* e di *causa,* e se le partite medesime sono state di mano in mano annotate in altro libretto da conservarsi presso il colono, fa piena prova tanto a favore del locatore, quanto contro di lui, ove il colono non abbia reclamato prima della scadenza di *quattro mesi* dalla data dell' ultima partita (art. 1662).

La colonia, in qualunque modo sia fatta, *anche con determinazione di tempo,* non cessa mai *di diritto:* il locatore deve dare o il colono prendere *licenza* entro il tempo fissato dalla consuetudine (art. 1651). La colonia *senza determinazione di tempo* si reputa fatta per un solo anno: l' anno comincia e termina coll' *undici di novembre:* passato il mese di marzo, senza che siasi data o presa licenza, s' intende la colonia rinnovata per un altro anno (art. 1664).

§ 81. — Della locazione a soccio o soccida.

La *soccida* è un contratto, per cui una delle parti dà all' altra una certa quantità di *bestiame,* perchè lo custodisca, lo nutrisca e ne abbia cura, secondo condizioni convenute. Si può dare a soccio qualunque specie di bestiame, che sia capace d' accrescimento o di utilità all' agricoltura o al commercio (art. 1665, 1667).

Vi ha più specie di soccida:

1) *Soccida semplice,* per cui si dà ad altri del bestiame per custodirlo, nutrirlo e averne cura, a condizione che il conduttore guadagni la *metà* dell'accrescimento, sia che consista nei parti sopravvenuti, sia nel maggior valore del bestiame secondo la *stima* (art. 1669, 1670). La proprietà del bestiame, e di conseguenza il *periculum rei* rimane nel locatore (art. 1675, 1672). Poichè repugna all'indole della *società* e darebbe occasione a facili aggravi in danno dei contadini, è nulla la convenzione, che il conduttore sopporti più della metà della perdita del bestiame, allorchè avvenga per caso fortuito e senza sua colpa; o che egli abbia nella perdita una parte più grande che nel guadagno; oppure, che il locatore prelevi in fine della locazione qualche cosa oltre il bestiame dato a soccida (art. 1677). — Il conduttore non può tosare le bestie date a soccida, senza prima avvertirne il locatore (art. 1680). — Se non fu stabilita la durata della soccida, s'intende contratta per *tre anni* (art. 1681).

2) *Soccida a metà:* è una *società,* nella quale ciascuno dei contraenti conferisce la metà del bestiame, che resta comune pel *guadagno* e per la *perdita.* Il locatore non ha diritto che sopra la metà delle lane e dell'accrescimento: nel rimanente le regole della soccida semplice si applicano alla soccida a metà (art. 1684, 1685, 1686).

3) *Soccida coll'affittuario,* o *soccida di ferro,* per cui si concede un fondo in affitto, a condizione che al terminare della locazione l'affittuario vi lasci degli animali di *egual valore* di quelli che ha ricevuti: ogni deficienza nel valore del bestiame è a suo carico; ogni eccedenza a suo vantaggio (art. 1687). La *stima* non trasferisce nell'affittuario la *proprietà* del bestiame: tuttavia il caso fortuito è a suo carico: tutti i guada-

gni appartengono all' affittuario durante la locazione, se non vi è patto contrario (art. 1688, 1691, 1689).

4) *Soccida col mezzaiuolo,* soggetta alle regole della soccida semplice. Però, a differenza di questa, nella soccida col mezzaiuolo si può validamente stipulare che il locatore abbia una porzione maggiore negli utili; che il mezzaiuolo rilasci al locatore la sua parte della lana tosata a prezzo minore del valore ordinario; e che gli spetti la metà del latte (art. 1693).

§ 82. — Del mandato.

Il mandato è un contratto *imperfettamente bilaterale,* mercè il quale una parte (*mandatario, procuratore*) si obbliga *gratuitamente* o mediante un compenso a compiere un affare per conto dell' altra (*mandante*), da cui ne ha avuto l' incarico (art. 1737). Ogni affare *lecito, possibile e non ancora espletato,* ad eccezione di quelli, per cui la legge non ammette la *rappresentanza,* può formare obbietto del mandato. Il *mandatum mandatarii tantum gratia,* il semplice *consilium* e la *commendatio* di regola non producono alcuna responsabilità giuridica.[1] La gratuità è un elemento *naturale* del contratto; onde il mandato è *gratuito,* salvo patto in contrario (art. 1739). Il mandato può essere: 1) *espresso* o *tacito:* notisi però che il mandato *tacito* non conferisce facoltà di fare atti *eccedenti* la semplice amministrazione; 2) *giudiziale* e *stragiudiziale*; 3) *speciale* e *generale,* secondochè ha per obbietto un affare o *certi* affari solamente, o *tutti* gli affari del mandante:

[1] « Mandatum inter nos contrahitur, sive mea tantum gratia tibi mandem (*mandato semplice*), sive aliena tantum, sive mea et aliena, sive tua et aliena (*mandato misto*): quod si tua tantum gratia, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nascitur. » (L. 2, Dig. 17, 1.)

ma per ampio che sia, il mandato *generale* non comprende che gli atti di amministrazione (art. 1740); 4) *simplex* e *qualificatum* (mandato di credito).[1]

Obblighi del mandatario. — Ogni atto del mandatario *ultra fines mandati* non obbliga il mandante. Il mandatario deve adoperare nel compimento dell'affare la diligenza di un buon padre di famiglia, restituire al mandante tutto ciò che ha ricevuto per conto di lui, pagare gl'interessi delle somme che ha invertito *in uso proprio* dal giorno dell'*inversione* e i maggiori danni, salva l'azione penale per *indebita appropriazione*; pagare da ultimo gl'interessi delle somme, di cui è rimasto debitore in seguito al rendiconto, dal giorno in cui fu *costituito in mora.* Di regola il mandatario risponde non solo del proprio operato, ma anche di colui che egli ha sostituito nell'incarico, se non gli fu concessa la facoltà di sostituire alcuno, o se tale facoltà gli fu concessa senza indicazione della persona, e quella da lui scelta era notoriamente incapace o insolvente.

Obblighi del mandante. — Il mandante deve rimborsare il mandatario delle anticipazioni e delle spese fatte per l'esecuzione del mandato,[2] cogl'interessi dal giorno del provato pagamento; pagare il compenso stipulato e tenere indenne il mandatario delle perdite sofferte *in occasione* dell'incarico assunto o delle obbligazioni contratte in nome proprio, se non gli si può imputare al-

[1] « Si tibi mandavero, quod mea non intererat, ut pro Seio intervenias, vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio, et ego tibi sum obligatus. » (L. 6, § 4, Dig. 17, 1.) Il mandato qualificato differisce dalla fideiussione soltanto in ciò, che il fideiussore accede a un'obbligazione già esistente, il *mandante* qui la fonda egli stesso.

[2] Ciò ha luogo quando anche l'affare non sia riuscito: « Sumptus BONA FIDE necessario factos, et si negotio finem adhibere procurator non potuit, iudicio mandati restitui necesse est. » (L. 56, § 4, Dig. 4, 1.) Il mandante non può neppure pretendere, che le spese vengano ridotte col pretesto che avrebbero potuto essere minori.

cuna colpa. Fra più *mandanti* per un affare comune ha luogo la solidalità *ex lege* (art. 1756).

Estinzione del mandato. — Il mandato si estingue: 1) per *revocazione* fattane in qualunque tempo dal mandante: però se la *res* non è *integra,* è tenuto con l'*actio mandati contraria* per l'opera già prestata, per le spese e per una parte proporzionale del compenso pattuito. La revocazione è *espressa* o *tacita:* quest'ultima ha luogo per la nomina di un nuovo mandatario, o pel fatto che il mandante renda impossibile l'adempimento del mandato o l'esegua egli stesso: la *revoca* in ogni caso non nuoce ai terzi che, ignorandola, hanno contrattato *in buona fede* col mandatario (art. 1758, 1759, 1760); 2) per *rinunzia* del mandatario, purchè sia fatta *tempestive;* 3) per *morte* del mandante o del mandatario (art. 1745, 1763); 4) per *interdizione legale* o *giudiziale* del mandante o del mandatario; 5) per *fallimento* d'uno di essi; 6) per *inabilitazione* del mandatario o del mandante, se il mandato abbia per oggetto atti, che essi non potrebbero fare senza l'assistenza del curatore (art. 1757).

§ 83. — Della transazione.

La transazione è un contratto, con cui le parti, dando, promettendo o rimettendo ciascuna qualche cosa (*aliquo dato, aliquo retento*), pongono fine ad una lite già cominciata, o prevengono una lite che può sorgere. Essa quindi presuppone: 1) il *consenso;* 2) una *res dubia,* almeno nell'opinione dei contraenti, altrimenti il contratto dovrà riguardarsi come rinuncia o come donazione, non mai come transazione (art. 1776). La transazione può avere per *obbietto* diritti *patrimoniali* di qualunque natura, e finanche le *conseguenze pecuniarie* dello stato delle persone e le azioni civili na-

scenti da reati (art. 1766, Cod. civ.; 316, Proc. civ.); ma non mai i diritti di stato e in generale le materie d'ordine pubblico e le cose fuori commercio; 3) *concessioni reciproche,* che l'uno dei transigenti fa all'altro: non monta la *quantità* del dato, ritenuto o promesso; e poichè riesce impossibile proporzionare i vantaggi ottenuti dall'uno con quelli dell'altro contraente, non è ammessa la rescissione della transazione per lesione enorme; 4) la *forma scritta,* pubblica o privata, *solemnitatis causa.* Per la *validità* della transazione si richiedono: 1) la *capacità* dei contraenti di *disporre* del diritto transatto e di *rinunziarvi* (art. 1765); 2) il consenso *valido.* In quanto alla *violenza* e al *dolo* valgono le regole generali; in quanto all'*errore* bisogna notare, che non produce nullità della transazione l'errore *di diritto;* che l'errore *di fatto* è causa di nullità soltanto se l'animo dei contraenti non versò sopra di esso, e riguardi l'*oggetto* della controversia, o la *persona,* purchè la considerazione di questa sia stata la causa principale del contratto. Può inoltre annullarsi la transazione conchiusa in esecuzione di un titolo *nullo,* di cui s'ignorava la nullità, o di titoli che in appresso sono riconosciuti *falsi:* l'errore di *calcolo* dev'esser corretto, ferma rimanendo la transazione. — Siccome dalla *res iudicata* nasce l'*exceptio rei iudicatæ,* così dalla transazione nasce l'*exceptio litis per transactionem finitæ.* Di conseguenza, al pari del giudicato, la transazione non ha effetto, se non fra le parti contraenti (*tertio neque prodest, neque nocet*); l'*exceptio litis per transactionem finitæ* non può opporsi, se non quando concorrano i tre requisiti dell'*eadem causa, eadem quæstio, inter easdem personas.* Tuttavia, a differenza del giudicato, la transazione è *indivisibile;* il giudicato produce l'ipoteca *giudiziale,* mentre la transazione può produrre soltanto l'ipoteca *convenzio-*

nale, se fu stipulata: la transazione può essere impugnata coll'azione *di nullità* innanzi ai giudici competenti, mentre il giudicato può essere impugnato soltanto col rimedio straordinario della *revocazione*.

§ 84. — Della costituzione di rendita.

La costituzione di rendita è un contratto, in virtù del quale una delle parti si obbliga a pagare all'altra un'annua prestazione in denaro o in derrate, mediante la cessione di un immobile (*censo riservativo*) o il pagamento di un capitale, che il cedente si obbliga a non più ripetere (*censo consegnatio* o *bollare*).

A) Il censo riservativo, oggi *rendita fondiaria*, che si costituisce per prezzo di alienazione, o come condizione di cessione d'immobili a titolo gratuito o oneroso, fu un sottile ritrovato per isfuggire alle sanzioni canoniche e civili contro l'*usura*: il capitale era irrepetibile *ex parte creditoris*, redimibile *quandocumque ex parte debitoris*: l'immobile, per cui la rendita era costituita, era gravato di un diritto *reale* in favore del creditore della rendita.[1] Invece, secondo il Codice francese ed italiano, il censo riservativo costituisce un mero diritto *personale*, poichè non ostante qualsivoglia patto in contrario, il censo riservativo trasferisce nel cessionario il *pieno dominio*, ed è essenzialmente *mo-*

[1] Il censo si distingueva dal mutuo, perchè: 1) il mutuante poteva alla scadenza ripetere le cose prestate, il creditore della rendita nol poteva; 2) le usure erano dovute dal mutuatario per l'*uso* del denaro, dal debitore della rendita per i frutti, che percepisce, e soltanto sino alla concorrenza di essi; 3) la cosa mutuata periva unicamente a danno del mutuatario, che ne è divenuto *dominus*; l'immobile gravato del censo periva anche a danno del creditore della rendita. Alcune delle suddette differenze, mutato il diritto *reale* in *personale*, non sussistono più nel diritto moderno.

bile[1] (art. 418). Se la cessione è fatta a titolo oneroso, è soggetta alle regole stabilite nel contratto di *vendita:* se è fatta a titolo gratuito, è soggetta alle regole della *donazione;* quindi può essere ridotta per lesione della legittima, revocata o annullata secondo i principii generali (art. 1781).

B) La rendita *semplice* è anche essa *irrepetibile ex parte creditoris,* purchè sia stata assicurata con ipoteca speciale sopra un fondo determinato (art. 1782). Tutte le rendite semplici o fondiarie di qualunque natura sono *redimibili,* salvo alcune speciali limitazioni (art. 1783).

Oltre i casi espressi nel contratto, il debitore di un'annua rendita può essere costretto al *riscatto:* 1) se dopo una legittima *interpellanza* non abbia pagato la rendita per *due* anni consecutivi, salvochè il creditore preferisca di domandare lo *scioglimento* del contratto; 2) se tralasci di dare al creditore le cautele promesse; 3) se venendo a mancare le cautele date, non ne sostituisca altre di eguale sicurezza; 4) se per effetto di alienazione o divisione del fondo, su cui è costituita o assicurata la rendita, per sè stessa *divisibile,* essa venga divisa fra più di *tre* possessori; 5) se il debitore fallisca o diventi insolvente; 6) se il debitore di una rendita *semplice* non l'abbia assicurata, in favore del creditore, con ipoteca sopra un fondo determinato.

---

[1] La rendita fondiaria differisce dall'enfiteusi, perchè: 1) non impone al debitore della rendita l'obbligazione di migliorare il fondo; nè la mancanza di miglioramenti o la deteriorazione dà luogo a *devoluzione* in favore del creditore; 2) il direttario ha un diritto *reale immobiliare* sul fondo enfiteutico, laddove il creditore della rendita ha un mero diritto *personale mobiliare;* 3) il riscatto del canone può aver luogo in *ogni tempo,* non ostante qualunque patto in contrario; mentre il riscatto della rendita fondiaria può essere validamente vietato per un certo tempo (art. 1783); 4) l'enfiteuta ha il diritto di *abbandono,* laddove il debitore della rendita è tenuto a pagarla, se pure il fondo sia totalmente perito.

La rendita può essere *perpetua* o *vitalizia*.[1] Quest'ultima può essere stabilita così sulla vita del costituente, come su quella di un terzo, la cui morte determini la durata delle prestazioni annue: può costituirsi sulla vita e in vantaggio di *una* o *più* persone (*tontine*) (art. 1793). — Il debitore della rendita vitalizia non può liberarsi dall'obbligazione di pagare l'annua prestazione, per quanto grave essa sia, coll'*abbandono* del fondo ricevuto, come correspettivo; nè col rimborso del capitale e colla rinunzia alle annualità pagate (art. 1798). — D'altra parte la sola mancanza del pagamento della prestazione non autorizza il creditore a chiedere di essere rimborsato del capitale e a rientrare nel possesso del fondo alienato: egli ha soltanto il diritto di far sequestrare e di far vendere i beni del suo debitore e di domandare, che col prodotto della vendita si faccia l'impiego di una somma bastante per soddisfare alle pensioni[2] (art. 1797). — Il contratto vitalizio, essendo per sua indole *aleatorio*, non può essere rescisso per *lesione*. Il diritto alla rendita vitalizia si estingue colla *morte* del creditore e colla prescrizione di trent'anni, la quale decorre dall'ultimo pagamento: le *singole annualità* si prescrivono in cinque anni (art. 2144).

---

[1] La rendita *vitalizia*, a differenza del *censo*, è irredimibile *ex parte debitoris*, durante la vita del creditore; il censo d'ordinario rappresenta gl'interessi del capitale, la rendita vitalizia, che è un contratto *aleatorio*, comprende invece in ogni singola prestazione anche una parte del capitale, che man mano si *ammorta* e dicesi *perduto* pel creditore (art. 811); la rendita vitalizia è un contratto strettamente *personale* e *aleatorio*, onde, mancando il rischio, è nullo (art. 1795); laddove il censo è un contratto commutativo, e la rendita è dovuta agli eredi del creditore, anche dopo la morte di lui.

[2] Ciò costituisce un'eccezione al principio, che in ogni contratto bilaterale è sottinteso il *patto commissorio*; il debitore che ha prestato per un certo tempo la rendita e sopportato i rischi del passato, ha ragione di conservare le speranze dell'avvenire.

§ 85. — Del giuoco e della scommessa.

Il *giuoco* è un contratto *aleatorio*, in virtù del quale due o più persone si obbligano di pagare al vincitore o ai vincitori del giuoco una somma di denaro o altra cosa determinata.

La *scommessa* è anch' essa un contratto *aleatorio*, in virtù del quale l'una delle parti, dissentendo dall'altra sulla verità di un fatto accaduto o sulla probabilità di quello che dovrà o potrà accadere, si obbliga di pagare all' altra, la cui opinione sarà riconosciuta vera o ben fondata, una somma di denaro o altra cosa determinata.[1] A chi ha vinto il giuoco o la scommessa è negata *di regola* (art. 1803) *l'azione giudiziaria:* è data soltanto l' eccezione della *soluti retentio*, se da parte del vincitore non ci fu dolo o frode, e se il perdente non era minore di età, interdetto o inabilitato (art. 1802, 1804).

§ 86. — Del comodato.

Il *comodato* o *prestito ad uso* è un contratto *imperfettamente bilaterale*, per cui una delle parti consegna all' altra una cosa, affinchè se ne serva per un tempo e per un uso determinato, coll' obbligo di restituire la *stessa* cosa ricevuta (art. 1805). — Tre sono i requisiti essenziali del comodato: 1) l'*uso* della cosa: il dominio di essa rimane presso il comodante, e a carico di lui sono il *periculum rei* derivante da caso fortuito e il deterioramento derivato dall'uso (art. 1812),

---

[1] I contratti *differenziali* nella giurisprudenza anteriore al 1874 erano riguardati anche essi come scommesse proibite: ma la Legge 24 luglio 1874 e l'altra 18 settembre 1876 concessero loro l'*azione* in giudizio, purchè fossero osservate alcune formalità fiscali e giuridiche

salvochè il comodatario li abbia assunto a suo carico: ciò accade, salvo patto in contrario, se la *res* fu *æstimata*, oppure la perdita sia avvenuta per colpa o dolo del comodatario (art. 1810), o perchè egli abbia adoperato la cosa in uso diverso dal convenuto o per un tempo più lungo. Il comodatario possiede in nome del comodante, ed essendo possessore precario non può usucapire la cosa, quando non segua l'*interversio possessionis:* egli può soltanto usare della cosa secondo il proprio mestiere o professione, o l'impiego che per lo innanzi ne ha fatto il comodante: se eccede nell'usarne (*furtum usus*) è tenuto al risarcimento dei danni (art. 1808, L. 5, § 7, Dig. 13, 6); 2) *gratuità* dell'uso; *alioquin mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur* (art. 1806; § 2, *Inst.*, 3, 14); 3) la cosa comodata *immobile* o *mobile* deve restituirsi in *eadem specie.*

Obbligazioni del comodatario. — Il comodatario deve usare della cosa da buon padre di famiglia; fare, *senza diritto di ripetizione*, le spese necessarie per potersi servire della cosa comodata (L. 18, § 2 Dig. 13, 6; art. 1813); restituire la cosa nel termine stabilito, e in mancanza, dopochè è servita all'uso cui fu destinata, senza che possa opporre al comodante l'*exceptio sui vel alieni dominii*, nè l'*exceptio compensationis*, nè l'*exceptio doli* a fine di esercitare il *ius retentionis* (art. 1815). Può essere costretto a restituire la cosa per decreto del giudice, anche prima del termine, se al comodante sopravvenga un urgente e impreveduto bisogno di servirsene (art. 1816). Se più comodatari hanno unitamente preso a prestito la stessa cosa, sono obbligati *in solido* rispetto al comodante (art. 1814).

Obblighi del comodante. — Il comodante deve pagare al comodatario le spese *straordinarie, necessarie* e *urgenti* in modo, che non abbia potuto avvertirne il comodante (art. 1817); ed è tenuto a risarcire al como-

datario il danno derivatogli dai vizi occulti della cosa comodata, nel caso che ne conosceva i difetti (art. 1818).

§ 87. — Del mutuo.

Il *mutuo* o *prestito a consumo* è un contratto *unilaterale*, per cui una delle parti (*mutuante, mutuo dans*) consegna all'altra (*mutuatario, mutuo accipiens*) una certa quantità di cose *mobili* e *fungibili* (consumabili o non consumabili) coll'obbligo di restituire altrettanto della medesima specie e qualità di cose (art. 1819). Il dominio delle cose mutuate passa nel mutuatario,[1] e con esso il *periculum rei;* anche prima della consegna, se le cose sono determinate nella loro specie. — Gl'*interessi* non sono un requisito *naturale* del contratto: essi devono essere *stipulati* in ogni specie di mutuo di denaro, di derrate e di altre cose fungibili (art. 1829). Tuttavia il mutuatario è *naturalmente* obbligato a prestarli; e quindi non potrebbe ripetere il *volontario* pagamento d'interessi non convenuti o eccedenti la misura di quelli convenuti (art. 1830). Gl'interessi possono derivare dalla *legge* pel fatto della *mora* incorsa, e consistono nel 5 % del capitale in *materia* civile e nel 6 % in *materia* commerciale. Recedendo da vieti pregiudizi teologici ed economici, il nostro legislatore ha abolito il *reato di usura,* e tolto ogni limite agli interessi *convenzionali.* Solo ha richiesto nelle materie civili un atto scritto, che comprovi la misura degl'interessi *superiori* ai legali; altrimenti non è dovuto alcun interesse nè convenzionale, nè legale (art. 1831):

---

[1] Non potendo accadere il trasferimento del dominio, è nullo il mutuo di cosa già appartenente al mutuatario o a un terzo; la nullità è proponibile soltanto dal mutuatario o dal terzo, nei casi in cui questi potrebbe sperimentare la revindica, giusta gli articoli 707, 708 e 709.

inoltre il mutuatario può *di regola*, non ostante qualunque patto in contrario, restituire dopo *cinque anni* dal contratto le somme portanti un interesse maggiore del legale, purchè *sei mesi* prima ne dia avviso per iscritto al creditore (art. 1832, 1833). La quietanza pel capitale dà origine a una *præsumptio iuris tantum* del pagamento degli interessi; essa è giustificata dalle regole dell'imputazione e dalla considerazione del danno, che ne deriverebbe al creditore violandole (art. 1834).

Obbligazioni del mutuatario. — Il mutuatario deve restituire il *tantumdem in eadem quantitate et qualitate*, nel termine convenuto: in mancanza è obbligato a pagarne il valore, avuto riguardo al *tempo* e al *luogo*, in cui doveva farsi la restituzione: se non è stato determinato nè il tempo, nè il luogo, il pagamento si deve fare, secondo il valore corrente nel *tempo*, in cui il mutuatario fu costituito in mora, e nel *luogo*, in cui fu fatto il prestito (art. 1828). L'obbligazione risultante di un prestito in denari è sempre della medesima somma numerica espressa nel contratto: il creditore *in pecunia non corpora cogitat, sed quantitatem:* quindi se per *atto della legittima autorità* accada aumento o diminuzione nel valore delle monete, il debitore deve restituire la somma numerica prestata, nelle specie in caso al tempo del pagamento:[1] lo stesso accade, se le monete non si possono ritrovare o sono poste fuori corso (art. 1821, 1822). Se il valore nominale delle monete differisce dal valore reale *per le condizioni del mercato monetario*, il debitore è liberato pagando la

[1] Se per esempio ti abbia prestato 1000 lire in 50 pezzi di 20 lire, e prima della scadenza del pagamento questi pezzi discendano a 19 o salgano a 21 lire, tu mi dovresti restituire egualmente 1000 lire; e perciò volendo fare la restituzione con i medesimi pezzi, dovresti restituirmi nel primo caso 52 pezzi e 12 lire e nel secondo 47 pezzi e 13 lire.

medesima quantità di monete, secondo il corso *legale*: nei paesi dove è stabilito il corso *forzoso*, è *di regola* nulla la stipulazione dell' *aggio*. Quando siano state mutuate monete d'oro o d'argento, e ne sia stata pattuita la restituzione nella medesima specie e quantità, il debitore è liberato restituendo monete di egual natura, senza riguardo al loro *valore* (*creditor corpora cogitavit, non quantitatem*) (art. 1822).

§ 88. — Del pegno.

Il pegno è un contratto *accessorio*, in virtù del quale il debitore o un terzo per lui dà al creditore per sicurezza del credito una cosa *mobile*, da restituirsi in natura, dopo l'estinzione del medesimo. Il pegno conferisce al creditore il diritto di farsi pagare con privilegio [1] sulla cosa pignorata (art. 1878, 1879, 1883). Il pegno presuppone: 1) il *consenso*; 2) una cosa *mobile* di qualunque natura, purchè sia capace di essere *convertita in denaro* e *consegnata* al creditore; 3) un'obbligazione principale, cui il pegno acceda; 4) se l'*obbligazione principale* garentita eccede il valore di lire 500,[2] il contratto di pegno, *solemnitatis causa*, deve risultare da atto scritto *di data certa*, che contenga l'indicazione della somma dovuta e della specie e natura delle cose pignorate (art. 1880). Se sono dati in pegno crediti o cose incorporali [3] (*pignus nominum*),

---

[1] Il privilegio del creditore pignoratizio è il solo, che non derivi dalla *causa* del credito, ma dalla *convenzione*.

[2] Delle tre opinioni manifestate a proposito dell'art. 1800, accetto quella, che ha riguardo soltanto all'*obbiettivo* valore dell'obbligazione garentita: di vero, se questa è inferiore alle 500 lire, il conflitto fra il creditore pignoratizio e il chirografario non può estendersi neanche sulla cosa pignorata, sebbene essa abbia un valore superiore alle 500 lire.

[3] Fatta eccezione dei diritti reali, capaci d'ipoteca (art. 1967).

il pegno deve *sempre* risultare da atto pubblico o scrittura privata di data certa, notificata al debitore del credito pignorato, o almeno accettata da lui con atto autentico (art. 1539, 1881); 5) per evitare, che il debitore pignorato apparisca ai terzi più facoltoso che non sia, e abusi della loro buona fede, la cosa pignorata o il titolo di credito dev' essere consegnato al creditore e rimanere in possesso di lui o di un terzo eletto dalle parti (art. 1882). Il contratto di pegno che manchi del *quarto* requisito attribuisce al creditore il diritto di ritenere la cosa sino al pagamento, ma non gli conferisce privilegio di sorta riguardo ai terzi. Il pegno è *indivisibile: vincula pignoris durant, etiam personali actione submota* (art. 1889). Il creditore pignoratizio, non soddisfatto, può a sua scelta domandare, che la cosa pignorata sia venduta ai pubblici incanti, oppure far ordinare *giudizialmente* che rimanga presso di lui in pagamento, fino alla concorrenza del debito, secondo la *stima* da farsi per mezzo di periti. È nullo il *patto commissorio,* che per mancato pagamento autorizzi il creditore ad appropriarsi la cosa pignorata e disporne senza l' autorizzazione giudiziale: esso potrebbe riuscire sommamente gravoso alle classi meno abbienti, che in momento di strettezze non esiterebbero a consentirlo (art. 1884). Il creditore può ripetere *integralmente* le spese *necessarie* fatte per la conservazione della cosa, e le *utili* nella somma minore fra lo speso e il migliorato: e inoltre domandare indennità per tutte le perdite, di cui la custodia della cosa pignorata gli è stata occasione (art. 1885, 1862). Può a sua volta dare in pegno la cosa pignorata: però l' efficacia del *subpignus* è naturalmente subordinata a quella del *pegno principale;* di guisachè il secondo creditore non può esercitare il *ius distrahendi,* se il primo credito non è scaduto. Il creditore non può, salvo

patto in contrario, servirsi della cosa pignorata, nè percepirne i frutti; se ciò accada (*furtum usus*), il debitore può domandare che la cosa sia posta sotto sequestro (art. 1887): tuttavia, se il credito pignorato produce *interessi*, il creditore pignoratizio ha facoltà di esigerli e imputarli agl'interessi del credito proprio o al capitale (art. 1886).

Il creditore pignoratizio, *integralmente* soddisfatto (art. 1888), deve restituire la cosa pignorata con tutte le accessioni, o il supero del prezzo, nel caso, ch'essa sia stata venduta.

Nelle materie commerciali e per gl'istituti autorizzati a far prestiti sopra pegni vi ha leggi e regolamenti particolari (art. 1890, Cod. civile; e art. 456, 460, 485, 486 e 487, Cod. di commercio).

§ 89. — **Dell' anticresi.**[1]

L'*anticresi* è un contratto, mercè il quale il creditore acquista il diritto di far suoi i frutti dell'*immobile* del suo debitore, coll'obbligo d'imputarli annualmente a scomputo totale o parziale degl'interessi, se gli sono dovuti e quindi del capitale (art. 1891, 1895). A differenza del creditore pignoratizio, il creditore anticretico non ha sul fondo anticretico un diritto *reale* esperibile contro i terzi: l'anticresi, anzichè un *mezzo di garentia*, costituisce nel diritto italiano un semplice *modo di pagamento*, il quale non produce effetto, fuorchè nei rapporti fra debitore e creditore e i loro eredi (art. 1897). Possono formare obbietto di anticresi tutte le cose *immobili*, che producono *frutti*, naturali o civili: e le può dare in anticresi chiunque abbia diritto ai frutti, sia proprietario, enfiteuta o usufrut-

---

[1] G. Mirabelli, *Del valore dell'anticresi rispetto ai terzi nel Codice civile italiano* nel *Filangieri*, 1879, pag. 81.

tuario. Il creditore anticretico ha diritto di raccogliere i frutti del fondo personalmente, o di darlo in fitto per non oltre *nove* anni; a patto che non muti egli stesso, nè faccia mutare da altri la coltura e la destinazione del fondo. Deve inoltre usare della cosa da buon padre di famiglia: e quindi provvedere alle riparazioni necessarie, pagare i tributi e i pesi annui, che gravano sul fondo, salvo in ogni caso il diritto di *abbandono* (art. 1892, 1893). Anche nell'anticresi è nullo il patto commissorio: in mancanza di pagamento, il creditore può domandare coi mezzi legali l'espropriazione del suo debitore (art. 1894).

§ 90. — Del deposito e del sequestro.

Vi ha due specie di deposito: il *deposito* propriamente detto e il *sequestro* (art. 1836).

A) Il deposito *propriamente detto* è un contratto *imperfettamente* bilaterale, *essenzialmente* gratuito, il quale non può avere per obbietto, che cose *mobili;* e che si *perfeziona* colla tradizione *reale* o *simbolica, brevi manu* o *longa manu* della cosa depositata (art. 1837). Il deposito può aver luogo per *spontaneo* consenso di chi dà e di chi riceve la cosa in deposito (*volontario*), oppure in *occasione* e a *causa* di qualche accidente, come un incendio, una rovina, un saccheggio, un naufragio o altro avvenimento *non preveduto* (*necessario*) (art. 1839, 1864).

Deposito volontario. — Esso può farsi dal proprietario e da chiunque abbia diritto di trasferire in altri la detenzione della cosa. — Il depositario di regola è obbligato a prestare la diligenza, che mette nel custodire le *cose proprie,* e alla quale corrisponde la culpa *lata:* pure la responsabilità può essere maggiore per volere *espresso* o *tacito* dei contraenti (art. 1843, 1844). Il

periculum rei rimane a carico del deponente *proprietario;* a lui di conseguenza spetta il corrispettivo della forza maggiore (art. 1845, 1850): d'altra parte il depositario non può percepire i frutti, nè altrimenti servirsi della cosa depositata (*furtum usus*),[1] nè può scoprire le cose affidategli in una cassa chiusa o in un involto suggellato (*sacculo signato*) (art. 1852, 1847). Il depositario può opporre al deponente l'*exceptio sui,* ma non quella *alieni dominii;* egli deve tuttavia, se la cosa sia stata rubata e ne conosce il padrone, denunziargli il deposito e intimargli, che lo reclami entro un congruo termine, salvo le disposizioni del Codice penale (art. 1861, 1854). Il deposito si deve restituire al deponente, o al suo *erede* o *rappresentante,* tostochè egli lo domandi, quantunque nel contratto sia fissato un termine per la restituzione: del pari il depositario può obbligare il deponente a ritirare il deposito, eccettochè il giudice ordini la continuazione della custodia, in seguito all'opposizione del deponente (art. 1860). — Il deponente è obbligato, mercè l'*actio depositi contraria,* a rimborsare il depositario delle spese fatte per conservare la cosa depositata, e a tenerlo indenne di tutte le perdite, di cui il deposito gli è stato occasione: a garentia di tali obbligazioni, al depositario compete il *ius retentionis* (art. 1862, 1863).

Deposito necessario. — Esso può essere provato per testimoni senza limite di valore (art. 1348, 1865). È re-

---

[1] A differenza del deposito propriamente detto, il deposito *irregolare* attribuisce al depositario di cose *fungibili* il diritto di servirsene, coll'obbligo di restituire non l'*eadem res,* ma cose della medesima *specie e qualità,* a *ogni richiesta* del deponente (art. 1846, 1848). Come depositi *irregolari* debbono riguardarsi quelli fatti alle Casse di risparmio, alle Banche, e in generale tutti i depositi, nei quali sia manifesto che il depositante non ebbe interesse a riavere l'*eadem species;* gl'istituti di deposito non assumono l'obbligo della restituzione dell'*eadem species,* se non mediante una *provvigione.* Notisi che il deposito irregolare non può equipararsi al mutuo.

putato deposito *necessario* anche quello degli effetti portati entro gli alberghi dal viandante, che vi alloggia:[1] gli osti e gli albergatori debbon prestare la *diligentia in custodiendo:* essi sono obbligati pel furto e pel danno arrecato agli effetti del viandante, nel caso, che siano stati commessi dai domestici o dalle persone preposte alla direzione degli alberghi, o da *estranei,* che li frequentano: non sono esenti da responsabilità, fuorchè quando provino, che il furto fu commesso *a mano armata* o che il danno seguì *con forza maggiore* o *per negligenza grave del proprietario* (art. 1866, 1867, 1868).

B) Il sequestro è *convenzionale* e *giudiziale.* Il *sequestro convenzionale* è il deposito di una cosa *controversa,* fatta da una o più persone presso un terzo, che si obbliga di restituirla, terminata la controversia, a colui, al quale sarà dichiarato, che debba appartenere (art. 1870).[2] A differenza del deposito propriamente detto, il sequestro può non essere gratuito, e può avere per oggetto anche cose *immobili:* il sequestratario non può restituire le cose, se non al vincitore, oppure alla persona designata per consenso di tutte le parti o per causa giudicata legittima (art. 1871, 1872, 1873, 1874).

Il *sequestro giudiziale* di una cosa mobile o *immobile* può essere ordinato dal magistrato: 1) quando siavi pericolo di *alterazione, sottrazione* e *deteriorazione;* 2) se il possesso ne sia controverso fra due o più persone; 3) se il debitore offra le cose mobili per la sua liberazione (art. 1875, Cod. civ.; 921, Proc. civ.). — Il sequestratario (*custode*)[3] deve usare per la conserva-

---

[1] GIANTURCO, v. *Alberghi e Albergatori* nell'*Enc. giur.* del Mancini.

[2] « *Sequester dicitur,* apud quem plures eamdem rem, de qua controversia est, deposuerunt. » (L. 110, Dig. 50, 16.)

[3] CARIATI, *Del custode giudiziario.* Melfi, 1883.

zione della cosa la *diligentia in abstracto:* deve presentarla tanto per soddisfare il sequestrante colla vendita, quanto per restituirla alla parte, contro cui sono state fatte le esecuzioni, in caso di revocazione del sequestro. Il sequestrante deve, d'altra parte, pagare al sequestratario la mercede stabilita dalla legge, o in mancanza dall'autorità giudiziaria (art. 1876).

§ 91. — Della fideiussione.

La *fideiussione* è un'obbligazione *accessoria* di garentia: quindi suppone un'obbligazione principale *valida,*[1] e si contiene necessariamente nei limiti di essa.[2]

Specie della fideiussione. — La fideiussione può essere: 1) *semplice* o *solidale,* secondochè il fideiussore sia obbligato *in subsidium,* o al pari dell'obbligato principale, come un *condebitore solidale;* 2) estesa a tutto il debito o limitata alla parte soltanto, che il creditore non riuscirà a conseguire dall'obbligato principale (*fideiussor indemnitatis;* 3) può accedere direttamente all'obbligazione principale o a un'altra fideiussione, in guisachè il fideiussore (*succedaneus*) faccia sicurtà al creditore pel fideiussore o al fideiussore pel debitore principale (art. 1914, 1924).

Il fideiussore *semplice* può avvalersi del *beneficium excussionis;* richiedere cioè nei primi atti della causa, che il creditore escuta prima il debitore principale, i cui beni dovrà indicare, anticipando inoltre le spese necessarie per l'esecuzione. Per effetto del *beneficium*

[1] Però non nuoce alla validità della fideiussione l'*annullabilità* dell'obbligazione principale, per un'eccezione meramente *personale* all'obbligato, ad esempio, la minore età (art. 1879, 1927).

[2] La *fideiussio in duriorem causam,* sia per la somma, sia per le condizioni apposte, è valida soltanto sino alla misura dell'obbligazione principale: invece è valida la fideiussione prestata per una parte soltanto del debito e a condizioni meno gravi (art. 1900).

excussionis, il creditore che abbia ritardato il procedimento giudiziale, è responsabile verso il fideiussore dell' insolvibilità sopravvenuta del debitore, sino alla concorrenza dei beni indicati (art. 1907, 1908, 1909, 1910). Se più persone hanno prestato sicurtà per un medesimo debitore e per uno stesso debito, ciascuno di essi è obbligato per l'*intero* debito: tuttavia possono giovarsi del *beneficium divisionis,* a fine che il creditore riduca la sua azione alla parte di ciascuno, tenuto conto però della insolvenza di qualche fideiussore, verificatasi prima della divisione, se questa non ebbe luogo per consenso del creditore (art. 1911, 1912, 1913).

Il fideiussore, che ha pagato, è *surrogato* in tutte le ragioni del creditore e ha *regresso* contro il debitore principale, ancorchè non consapevole della prestata sicurtà (*beneficium cedendarum actionum*), tanto pel capitale, che per gl' interessi e le spese posteriori alla denunzia delle molestie inferitegli dal creditore (articoli 1915, 1916, 1917). L'azione di regresso non ha luogo, se il debitore principale abbia pagato anche egli, a cagione che il fideiussore non gli denunziò il fatto pagamento: oppure se il fideiussore abbia pagato senza essere convenuto, e il debitore principale provi, che al tempo del pagamento aveva mezzi per far dichiarare estinto il credito: in ogni caso è salva in favore del fideiussore la *conditio indebiti* contro il creditore soddisfatto (art. 1918). — Il fideiussore può agire contro il debitore per essere *rilevato,* anche prima di aver pagato; come ad esempio, se sia convenuto giudizialmente pel pagamento, se il debitore sia fallito, o si trovi in istato di non solvenza ec. (art. 1919). — Se più persone hanno fatto sicurtà *per uno stesso debitore* e pel *medesimo debito,* il fideiussore, che ha pagato, ha contro gli altri soltanto l'azione di *regresso* per la rispettiva porzione, non l'azione di *surrogazione* per l'intero (art. 1920).

Prestazione della fideiussione. — La fideiussione può essere stipulata (*convenzionale*), oppure ordinata dal magistrato o dalla legge (*giudiziale* o *legale*). Il nostro legislatore, ispirandosi a un concetto più largo e liberale, consente, che l'obbligato a prestar sicurtà, per legge o per sentenza, presti *a sua scelta* un'ipoteca, un pegno o una fideiussione. Qualunque sia la causa della fideiussione, il debitore obbligato a prestarla deve presentare come fideiussore persona capace di contrattare, che posseda beni sufficienti per cautelare l'obbligazione e che abbia il suo domicilio nella giurisdizione della Corte di appello, in cui si deve prestare la sicurtà: la solvenza del fideiussore si misura in ragione dei suoi beni *capaci d'ipoteca*, eccettochè si tratti di materia di commercio o il debito sia tenue:[1] non si tien conto dei beni litigiosi, nè di quelli situati a tale distanza da rendere troppo difficili gli atti esecutivi sopra i medesimi (art. 1921, 1922, 1904, 1905, 1906). Il fideiussore *giudiziale* non può mai domandare l'escussione del debitore principale (art. 1923).

Estinzione della fideiussione. — La fideiussione si estingue: 1) per l'*estinzione* dell'obbligazione principale; 2) se per fatto del creditore torni impossibile il *beneficium cedendarum actionum* (art. 1928). — L'*evizione* dell'immobile o di altra cosa accettata in pagamento dal creditore non fa rivivere la fideiussione estinta (art. 1929). La semplice *proroga* del termine, accordata dal creditore al debitore principale, non libera il fideiussore: egli può soltanto agire contro il debitore per costringerlo al pagamento. Del pari il fideiussore, che ha limitata la sua fideiussione allo stesso termine accordato al debitore principale, rimane obbligato anche

---

[1] Tali restrizioni, ispirate al vecchio concetto: *mobilium vili possessio*, sono affatto ingiustificabili.

al di là di quel termine e per tutto il tempo necessario per costringerlo al pagamento, purchè il creditore *entro due mesi* dalla scadenza del termine abbia proposte le sue istanze e le abbia diligentemente continuate (art. 1930, 1931).

§ 92. — Della trascrizione.

Il sistema della *pubblicità* dei diritti reali *immobiliari* è oggidì uno dei più gravi problemi dell'economia nazionale e del diritto civile. L'ideale, cui tendono le leggi, sarebbe quello di costituire *pubblici registri*, nei quali fosse agevole trovare la *prova sicura* della proprietà e dei diritti reali gravanti sull'immobile. A siffatto ideale, più delle nostre leggi, si avvicinano alcune legislazioni germaniche, secondo cui l'*intavolazione* è non solo una formalità essenziale, perchè l'atto abbia effetto rispetto ai *terzi*, ma benanche un necessario completamento della volontà contrattuale fra *le parti*; onde, sino a quando l'acquirente non abbia curato l'*intavolazione* dell'atto nel registro, egli non diviene proprietario, nè acquista alcun diritto reale sull'immobile, neppure rispetto al suo *causam dans*. Il diritto italiano invece, rispetto ad entrambe le forme di pubblicità (*trascrizione* degli atti *traslativi* di proprietà e *costitutivi* di diritti reali di godimento, e *iscrizione* delle ipoteche), è rimasto ligio al vecchio principio, che *fra le parti* il nudo consenso, accompagnato dalla solennità della forma scritta, basti a trasferire la proprietà o a costituire il diritto reale; la *trascrizione* e l'*iscrizione* sono richieste soltanto, perchè l'atto abbia efficacia *rispetto ai terzi*. La trascrizione quindi non è *prova*, nè *modo di acquisto* della proprietà: non sana nè i *vizi di forma*, nè i *vizi di sostanza* dell'atto; ma è soltanto una *formalità essenziale*, perchè l'atto

abbia efficacia rispetto ai *terzi*, siccome la *scrittura* è formalità essenziale fra le *parti*. Di qui segue, che la dimostrazione del dominio è davvero presso di noi una *probatio diabolica:* non giova la iscrizione nei registri catastali, poichè questi hanno soltanto fini e ragioni fiscali; non l'atto di acquisto, poichè il *causam dans* poteva non essere *dominus* o l'atto stesso essere nullo o inesistente pei principii generali; non la *trascrizione*, poichè essa non è *modus adquirendi*, nè sana i vizi sostanziali o formali dell'atto: la *sola* dimostrazione sicura del dominio, purchè non sia allegata la *demanialità* del fondo, è l'*usucapione*. Di qui nascono incagli grandissimi al *credito fondiario* e pericoli frequenti pei terzi, cui non è mai soverchia nessuna diligenza nell'accertarsi della provenienza dei fondi. E notisi, che il diritto italiano avendo esentato dalla trascrizione gli atti meramente *dichiarativi* della proprietà e dei diritti reali, e non avendo istituito nessuna forma di pubblicità delle trasmissioni a causa di morte, in grazia al vecchio principio che *il morto impossessa il vivo*, ha fatto sì, che i registri di trascrizione presentino una storia *affatto monca e incompleta* dei successivi trapassi di proprietà.

Furono queste le principali ragioni, onde, in occasione della recente legge sulla perequazione fondiaria, fu riconosciuta necessaria la riforma del sistema di pubblicità, affinchè il catasto serva a fini *fiscali* e *civili* insieme, e presenti davvero lo *stato civile* della proprietà immobile.[1] Tale riforma, che richiede molta maturità di giudizio e studi, sin oggi incompleti, dovrebbe essere rinvigorita dalla riforma della Procedura delle espropriazioni e della corrispondente Tariffa giudizia-

---

[1] Vedi MESSEDAGLIA, Relazione alla Camera dei Deputati; G. FITTIPALDI, *Il sistema della pubblicità*, 1886; GIANTURCO, *Istituzioni* (Sistema), Prefazione, pag. XVII.

ria: è vano sperare l'incremento del credito fondiario, sinchè al creditore non sieno manifeste e la *sicurezza dell' impiego* e la *speditezza* e *facilità* dell'esazione.

Siccome abbiamo notato più sopra, la trascrizione è *forma essenziale* pel trasferimento della proprietà e dei diritti reali sopra *immobili* per *atto tra vivi*, rispetto ai *terzi*.[1] Di qui segue: *a*) che fra due o più acquirenti della proprietà o di un diritto reale sul *medesimo* immobile dal *medesimo causam dans*, è preferito chi prima ha curata la *trascrizione* dell' atto, sebbene esso sia l' *ultimo* di data;[2] *b*) sorgendo conflitto fra più aventi causa da diversi autori, i quali, risalendo per uno o più atti tra vivi, traslativi di proprietà o di diritti reali sul *medesimo immobile*, s' incontrino in un autore *comune*, è preferito chi *primo* fra gli aventi causa dell'autore comune trascrisse il suo acquisto (*trascrizione continua*): così se A ha alienato l'immobile a B e C, i quali non abbian trascritto, e C l' abbia rivenduto a D, che abbia trascritto, la trascrizione di D sarà vinta dalla trascrizione, che per avventura venga eseguita da B; *c*) la trascrizione non può essere supplita da *equipollenti*: di conseguenza la *scienza* della precedente alienazione *non trascritta* non basta a privare il secondo acquirente, che ha trascritto, del suo diritto di preferenza; nè il primo acquirente potrebbe in tal caso intentare contro il secondo l' azione *Pauliana*;[3] *d*) il difetto di trascrizione non può essere opposto dagli *eredi* del *causam dans*, nè dalle persone, che avevano l'obbligo

---

[1] Vedi il profondo e ampio svolgimento che ha dato a questo concetto il MIRABELLI, *Dei principii fondamentali dell'istituto della trascrizione* nell'*Archivio giuridico*, vol. XXXVII, fasc. 1-2.

[2] Se niuno degli acquirenti ha trascritto, la preferenza è regolata dall'*anteriorità dell' atto*. L'usurpatore, che non è *avente causa* da alcuno, non può opporre il difetto di trascrizione al compratore: lo stesso ha luogo, se il possessore abbia un titolo vizioso.

[3] MIRABELLI, op. cit., n. 23 e 24.

di farlo (tutori, curatori, mandatari legali e giudiziali ec.) e dai loro eredi (art. 1942, 1944), e neppure da quei terzi, i quali non hanno acquistato e *legalmente* conservato diritti sull'*immobile*, ad es., i creditori *chirografari*, l'*usurpatore* (art. 1942).

Gli atti da trascriversi possono dividersi in tre categorie:[1]

1) atti *tra vivi traslativi* di proprietà o *costitutivi* di diritti reali *immobiliari* (art. 1932, n. 1, 2, 3, 4);

2) atti, che pur non importando *trasferimento* e *costituzione* di diritti reali, importano una *notevole diminuzione* del godimento e del *valore venale* dell'immobile (art. 1932, n. 5, 6, 7; 687, Proc. civ.);[2]

3) atti che debbono trascriversi per alcuni *effetti speciali:* cioè *a*) il precetto nei giudizi di espropriazione; dopo la *trascrizione* di esso i frutti sono *immobilizzati* per essere distribuiti unitamente al prezzo degl'immobili espropriati; da quel momento il debitore non può più alienare i beni,[3] nè i frutti (art. 2085); *b*) la dichiarazione di *accettazione di eredità col benefizio dell'inventario*, perchè sia noto ai terzi, che, finchè non siano pagati i debiti, l'*erede* beneficiato è un semplice *curatore* dell'eredità (art. 955); *c*) debbono inoltre trascriversi le domande di *revocazione*, *rescissione* e *risoluzione*[4] indicate negli art. 1080, 1088, 1235, 1308,

[1] Non facciamo una categoria a parte pel n. 8 dell'art. 1932, il quale, pel principio scritto nell'art. 1314, non ha senso, se non s'intenda limitato ai soli atti indicati nel n. 7, col mutarsi il plurale *numeri precedenti* nel singolare. Per verità pare proprio questo il caso di lasciare di almanaccare con interpetrazioni cervellotiche, e di ammettere l'*interpretatio abrogans*.

[2] Sulla conciliazione dell'art. 687 Proc. civile, coll'art. 1932 Codice civile, vedi MIRABELLI nel giornale *Diritto e giurisprudenza*, 1886.

[3] È controverso, se il debitore possa tuttavia ipotecare il fondo, e se i creditori muniti di titolo atto a conferire ipoteca possano iscriverla dopo la trascrizione del precetto: vedi l'art. 668 Proc. civile.

[4] Fu respinta senza plausibili ragioni la proposta di ordinare anche la trascrizione delle domande di *revindicazione*.

1511, 1553, 1787: nei casi suddetti la revocazione, rescissione o risoluzione ha luogo *ex nunc*, cioè senza pregiudizio dei diritti acquistati dai terzi prima della *trascrizione* delle relative domande (art. 1933).

La trascrizione non può farsi, che in forza di un atto *pubblico* o di una scrittura privata, le cui sottoscrizioni siano state *autenticate* o *verificate in giudizio* (articolo 1935). Essa può domandarsi così dalla parte, come dal procuratore di lei; e giova a tutti quelli che vi hanno interesse, ad esempio, ai condomini (art. 1941). Chi domanda la trascrizione deve insieme alla copia autentica del titolo[1] esibire al Conservatore delle ipoteche *due note*, contenenti le indicazioni scritte nell'art. 1937: esse non solo servono a indicare, che vi è un titolo, ma valgono esse stesse di *titolo;* poichè in base ad esse il Conservatore procede alla trascrizione. L'omissione o l'inesattezza delle indicazioni richieste non nuoce alla validità delle note, fuorchè quando induca *assoluta* incertezza sul trasferimento del diritto o sull'immobile che ne forma obbietto (art. 1940). Il Conservatore può ricusare di ricevere le *note*, solamente quando non siano di carattere intelligibile, e quando i *titoli* non abbiano i requisiti richiesti dall'art. 1935: egli non può *in iure* fare alcuna ricerca sull'*ammissibilità* o *utilità* della trascrizione, sotto pena del risarcimento dei danni e di una

---

[1] La legge 28 giugno 1885 per la ricostituzione dell'ufficio ipotecario di Potenza distrutto dall'incendio, ha disposto nell'art. 19, in via *generale* per tutto il Regno: « Oltre l'originale delle scritture private da rimanere depositate negli uffici delle ipoteche, a sensi degli articoli 1936, 1994, Codice civile, le parti dovranno altresì produrre una copia della scrittura stessa *autenticata* da notaio. Al termine di ogni anno i conservatori invieranno la detta copia all'archivio notarile locale. » E per rendere meno gravoso l'obbligo delle parti, l'art. 6 del Regol. 20 luglio 1885 ha disposto: « Le copie delle scritture private autenticate da notaio, prodotte agli uffici di registro agli effetti della registrazione, terranno luogo, quando siano pure esse munite dell'autenticazione notarile, di quelle prescritte dall'art. 19 della legge. »

multa estensibile a lire duemila (art. 2069, 2075). Il Conservatore conserverà i titoli, e trascriverà il contenuto delle note, delle quali *una* restituirà al richiedente col certificato dell'eseguita trascrizione (art. 1939). La trascrizione deve eseguirsi in ciascun ufficio delle ipoteche del *luogo*, in cui sono situati i beni; però la dichiarazione di accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario basta, che sia trascritta nel *luogo dell' apertura della successione* (art. 1938). Pel grande interesse, che le parti possono avere a una sollecita trascrizione, la legge consente che la si domandi anche prima che sia pagata la *tassa di registro* cui è soggetto il titolo, se esso sia un atto *pubblico* o una sentenza *pronunziata nel regno:* in tal caso bisognerà presentare al Conservatore una *terza nota*, che egli vidimerà e trasmetterà all'ufficio di registro incaricato della riscossione (art. 1946). Il Conservatore non può ricevere ed eseguire trascrizione di atti, fuorchè nelle ore determinate dal regolamento, nelle quali l'ufficio è aperto al pubblico (art. 2070). Le trascrizioni dimandate da più persone nello stesso giorno, saranno eseguite nell'ordine, con cui furono presentate le rispettive domande: nel concorso di più trascrizioni o di una trascrizione e di un'iscrizione, domandate contemporaneamente, la preferenza è determinata dall'*anteriorità del titolo: prior in tempore potior in iure.*

§ 93. — Dei diritti di prelazione. Nozioni generali.

Chiunque sia obbligato *personalmente* è tenuto ad adempiere le sue obbligazioni con tutti i suoi beni, mobili e immobili, presenti e futuri, corporali e incorporali, ad eccezione di quelli, che sono sottratti alle azioni dei creditori in *modo assoluto* o *durante un certo tempo*

o *fino a una certa somma* (art. 585, 586, 588, 589, Proc. civ.; 881, Cod. comm.; 351, Legge sulle opere pubbliche; art. 30, Legge 10 giugno 1861 sull' istituzione del Gran Libro del Debito pubblico; Legge 14 aprile e 17 giugno 1864 sugli stipendi e le pensioni ec.). Tale garantia, affatto *generica*, però non toglie al debitore il diritto di disporre dei suoi beni, come meglio gli aggrada, salvo ai creditori soltanto lo sperimento della Pauliana: in difetto di un diritto *reale* sulla cosa, a loro non è dato di perseguitarla in mano dei terzi, cui il debitore l'ha alienata (art. 1948, 2076). Tutti i creditori, senza alcun riguardo alla *data* dei rispettivi crediti, hanno *egual* diritto sui beni del debitore comune, eccettochè alcuni fra essi abbiano una legittima causa di *prelazione*, un diritto di *privilegio* cioè o *d'ipoteca*[1] (art. 1947, 1950). Di qui tre categorie di creditori: 1) *privilegiati*, in ragione della *causa* del loro credito o del diritto di *pegno*; 2) *ipotecari* in ragione del *grado della loro iscrizione*; 3) *chirografari* o *cartolari*, che concorrono per *contributo*, in *proporzione* dell'ammontare dei crediti rispettivi.

Se le cose soggette a privilegio o ipoteca sono *pe-*

---

[1] Non è causa di *prelazione* il diritto di ritenzione, poichè esso tende a impedire la restituzione della *cosa*, finchè il *retentor* non sia soddisfatto: non a conferirgli un diritto di precapienza sul *valore* di essa. Nel caso previsto dall'art. 2020 in luogo del diritto di *ritenzione* è dato il diritto di *separazione*: ma neanche esso è causa di prelazione, poichè manca il *concorso* di *più* creditori del *medesimo* debitore sul *prezzo* della *stessa* cosa; qui invece il terzo ottiene per virtù della separazione, tutta la parte di prezzo corrispondente ai miglioramenti, sulla quale i creditori istanti *non concorrono*. Da ultimo si noti, che non è causa di prelazione neppure il beneficio della *separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede*; poichè anche in questo caso manca il *concorso*: i creditori del defunto sono *i soli* a concorrere sul patrimonio ereditario. Di conseguenza oltre i privilegi e le ipoteche non vi sono nel nostro diritto altre cause di prelazione.

rite, deteriorate o *espropriate*, le somme dovute dagli assicuratori per indennità della perdita, del deterioramento o dell'espropriazione sono vincolate al pagamento dei crediti aventi prelazione. Così per ragioni di evidente *equità*, l'indennità, come inseparabile dal diritto di prelazione, prende il luogo della cosa: *prætium succedit in locum rei.* Il trapasso dei diritti di prelazione ha luogo anche sull'indennità dovuta per *servitù imposte dalla legge*, o all'enfiteuta a cagione di *miglioramenti* (art. 1951, 1567, Cod. civ.; 423, Cod. comm.; art. 52, Legge 25 giugno 1865). Può tuttavia il debitore impedire nei casi di perdita o di deterioramento che si apra sull'indennità un giudizio di *distribuzione* o *graduazione*, impiegandola a riparare invece la perdita o il deterioramento. In ogni caso gli assicuratori sono liberati, se *paghino* dopo *trenta giorni* dalla perdita o dal deterioramento, senza che siavi stata opposizione (art. 1951).[1]

§ 94. — Dei privilegi (*privilegia exigendi*).

Ad eccezione del privilegio attribuito per *convenzione* al creditore pignoratizio, tutti gli altri privilegi non possono derivare da altra fonte, che dalla legge pel favore della *causa* del credito (*privilegia non ex tempore, sed ex causa existimantur*). Bene a ragione quindi il nostro Codice ha tolti, come privilegi, quei diritti di prelazione, che le parti posson esse stesse conservare sotto forma d'ipoteca, poichè non vi ha ravvisato una sufficiente ragione per favorire la causa del credito *contra tenorem iuris communis*: così, ad esempio, i *privilegi* accordati all'alienante e al condividente

[1] Pare che a siffatto principio abbia inconsultamente derogato l'art. 487 del Codice di commercio, giusta il quale l'assicuratore dei *mobili*, in mancanza di opposizione, può pagare l'indennità, anche *statim*.

sono divenuti mere *ipoteche legali*. Fra più crediti privilegiati la prelazione è determinata dalla *qualità* del privilegio, e fra più creditori *egualmente privilegiati* ha luogo il concorso (*privilegiatus contra æque privilegiatum non obtinet*) (art. 1952, 1953, 1954).

Privilegi sui mobili. — Di essi alcuni sono *generali* e comprendono *tutti* i mobili del debitore; altri colpiscono soltanto *determinati* mobili, i quali hanno col credito una relazione *obbiettiva*.

A) *Privilegio generale sui mobili* hanno: 1) le spese di *giustizia* fatte per atti *conservativi* e di *esecuzione* sui mobili, nell'interesse *comune* dei creditori; 2) le spese *funebri* necessarie secondo gli *usi*; 3) le spese d'*infermità*, fatte negli *ultimi sei mesi* della vita del debitore; 4) le somministrazioni di *alimenti*, fatte al debitore *per lui e per la sua famiglia* negli *ultimi sei mesi*, e i salari delle *persone di servizio* per egual tempo (art. 1956); 5) i crediti dello Stato per ogni tributo *diretto* dell'anno in corso e dell'antecedente, comprese le sovraimposte comunali e provinciali, e le *multe* incorse (art. 1957, 55 e 65, mod. Legge 20 aprile 1871; art. 118, 173, Legge com. e prov.; art. 70, Legge 24 agosto 1877): tale privilegio non si estende al tributo *fondiario*, garentito invece da privilegio sopra gl'*immobili*.

B) *Privilegio speciale* hanno: 1) i crediti dello Stato per i diritti di *dogana* e di *registro*,[1] e per ogni altro *dazio* o tributo *indiretto*[2] sopra i mobili, che ne

[1] Art. 89, Legge 13 settembre 1874; testo unico per la tassa di registro.

[2] Per l'art. 62 della Legge 24 agosto 1877 la tassa di *ricchezza mobile*, oltre il privilegio *generale* dell'art. 1957, gode anche del privilegio *speciale* accordato ai tributi *indiretti*, sopra i mobili, che servono all'esercizio del commercio, dell'industria e della professione, e sopra le mercanzie, che si trovano nel locale addetto all'esercizio stesso o nell'abitazione del contribuente.

furono l'*oggetto;* 2) i crediti dei canoni, dovuti per l'*anno in corso* e per l'*antecedente,* sopra i *frutti* del fondo enfiteutico, raccolti nell'anno, e sopra le *derrate,* che si trovano nelle abitazioni e fabbriche *annesse al fondo e provenienti dal medesimo;* 3) i crediti delle pigioni e dei fitti degl'immobili sopra i *frutti* raccolti *nell'anno,* sopra le *derrate,* che si trovano nelle abitazioni e fabbriche annesse ai fondi rustici e *provenienti dai fondi medesimi,* e sopra tutto ciò, che serve a *coltivare* il fondo affittato od a *fornire* il fondo medesimo o la casa appigionata (*invecta et illata*). Per determinare l'estensione di questo privilegio, occorre distinguere diverse ipotesi: altre restrizioni sono stabilite, quando desso concorra col *prestito agrario* in favore dei coltivatori, sforniti di capitali (n. 3, art. 1958; art. 4 e 5, Legge 23 gennaio 1887); 4) i crediti dipendenti dal contratto di *mezzadria* tanto in favore dei *locatori,* quanto dei *mezzadri* sulla parte rispettiva dei frutti e sui mobili, di cui sono forniti il fondo e la casa concessi a mezzadria; 5) le somme *dovute* per le *sementi* e lavori di *coltivazione* e *raccolta* dell'*annata* sui frutti della *raccolta;* 6) il credito *pignoratizio* sui mobili pignorati; 7) le spese fatte per la *conservazione* e il *miglioramento* di mobili sopra gli stessi mobili conservati o migliorati, sempre che si trovino ancora presso coloro, che fecero le dette spese; 8) le *somministrazioni* e le *mercedi.* dell'albergatore sopra gli *effetti* del viandante, che sono stati portati e sono *tuttora* nel suo albergo; 9) le spese di *trasporto,* di *dogana* e di *dazio* sopra gli effetti trasportati, che rimangono ancora presso chi li trasportò o che sono stati da lui consegnati, purchè in quest'ultimo caso gli effetti si trovino ancora presso il consegnatario e l'azione venga promossa entro *tre giorni* dalla consegna (art. 412, Cod. comm.); 10) i crediti d'indennità per *abusi* e *prevaricazioni* (art. 207,

Cod. pen.) commesse dagli ufficiali pubblici *nell' esercizio delle loro funzioni,* sui valori dati per *malleveria* e sugl' interessi che ne fossero dovuti (art. 29, L. 13 settembre 1874 per le tasse ipotecarie; art. 19, L. 25 maggio 1879; art. 32, Reg. 27 dicembre 1882); 11) le somme dovute dai *contabili* dello Stato, dei comuni e di altri corpi morali per fatti *dipendenti dalle loro funzioni* sui valori dati per malleveria e relativi interessi (articolo 1958).

Ordine dei privilegi sui mobili. — Il privilegio *generale* per le spese di giustizia è preferito a tutti i privilegi *speciali.* Gli altri privilegi generali indicati nell' art. 1956 sono parimente preferiti al privilegio *generale* accordato allo Stato pei tributi *diretti;* e insieme con esso, sono preferiti ai privilegi *speciali* indicati nei numeri 2, 3 e 4 dell' art. 1958, ma sono posposti ai rimanenti privilegi speciali. Se concorrono crediti aventi *speciale* privilegio sopra gli stessi mobili, il credito dello Stato è preferito a ogni altro sopra i *mobili colpiti dal tributo:* sopra i *frutti* del fondo, concessi in enfiteusi, affittati o dati a mezzadria sono preferiti ai crediti del locatore e del colono, *prima* i crediti per la *raccolta,* quindi quelli per la *coltivazione,* quindi quelli per le *sementi* e da ultimo quelli pei *canoni:* sopra i mobili, di cui è fornita la casa o il fondo, è preferito ai crediti del locatore e del colono il credito indicato nel n. 7 dell' art. 1958; ai crediti indicati nel n. 9 dell' articolo 1958 sono preferiti i crediti indicati nel n. 8 dello stesso articolo.

Privilegi sugl' immobili. — I privilegi sugl' immobili possono riguardarsi come *ipoteche privilegiate,* sia perchè essi sono preferiti a tutte le ipoteche, sia perchè sono esenti dalla formalità dell' iscrizione. Il loro numero quindi per le necessità del credito *fondiario* è assai ristretto: il nostro Codice riconosce come tali quelli

soltanto, che per universale consenso e secondo le più facili previsioni, formano un *peso naturale* del fondo. Infatti hanno privilegio sugl'immobili soltanto: 1) il credito per le spese del giudizio di spropriazione e graduazione, fatte nell'interesse *comune* dei creditori; esso è preferito a ogni altro credito; 2) i crediti dello Stato pel tributo *fondiario* dell'anno in corso e dell'antecedente, comprese le sovraimposte comunali e provinciali, sopra gl'immobili *tutti* del contribuente, *situati nel territorio del comune, in cui il tributo si riscuote,* e sopra i *frutti,* i *fitti* e le *pigioni* degli stessi immobili; 3) i crediti dello Stato per diritti di *registro* e per ogni altro *tributo indiretto,* sopra gl'immobili che ne furono *oggetto,* salvo alcune speciali *limitazioni* nell'interesse dei *terzi* (art. 1961, 1962).

Privilegi sussidiari. — Essi sono un ricordo degli antichi privilegi *sui mobili e sugl' immobili insieme.* In *difetto* o per *insufficienza* dei mobili, i primi *quattro* crediti muniti di privilegio *generale* sono collocati sul prezzo degl'immobili del debitore *dopo i crediti privilegiati sull' immobile e gl' ipotecari,* ma *prima dei semplici chirografari* (art. 1963). I privilegi sussidiari però non hanno alcuna efficacia contro il *terzo possessore* (art. 2092).

§ 95. — Delle ipoteche.

L'ipoteca è un diritto *reale accessorio,* costituito sopra beni del debitore o di un terzo, a vantaggio di un creditore, per assicurare sopra i medesimi il soddisfacimento di un'obbligazione. Essa è *indivisibile* (*vincula pignoris durant, personali actione submota*): e sussiste sopra *tutti* i beni vincolati, sopra *ciascuno* di essi e sopra ogni loro *parte* (*est totum in toto et in qualibet parte*). Sono capaci d'ipoteca i *beni immobili,*

che sono in commercio, coi loro *accessorii,*[1] reputati immobili; l'*usufrutto* degli stessi beni coi loro accessorii, ad eccezione dell'*usufrutto legale degli ascendenti;* i diritti del *concedente* e dell'*enfiteuta* sui beni enfiteutici, le *rendite nominative* sullo Stato, nel modo determinato dalle leggi sul debito pubblico (art. 1964 e 1967).

I due sommi principii del sistema ipotecario italiano sono la *pubblicità* (art. 2007, 2008, 1981) e la *specialità,* tanto rispetto ai *beni,* quanto rispetto alla *somma* (articoli 1979, 1992, 1997): sono abolite di conseguenza le ipoteche *generali* e *occulte;* le quali, anche *in difetto d'iscrizione,* avevano efficacia su *tutti i beni* del debitore, e mettevano quindi in grave pericolo gl'interessi dei terzi.

L'ipoteca è di tre specie: *legale, convenzionale* e *giudiziale.* 1) Hanno ipoteca *legale: a)* il venditore o altro alienante sopra gl'immobili alienati, per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'atto di alienazione; *b)* i coeredi, i soci e altri condividenti sopra gl'immobili caduti nell'eredità, società o comunione per il pagamento dei *rifacimenti* e *conguagli; c)* il minore e l'interdetto sui beni del tutore, a norma degli art. 292 e 293; *d)* la moglie sui beni del marito per la *dote* e i lucri *dotali; e)* lo Stato sopra i beni dei *condannati* per la riscossione delle *spese di giustizia* in materia criminale, correzionale e di polizia, e la parte civile pel *risarcimento dei danni:* alle spese di giustizia e al risarcimento dei danni sono preferite quelle della difesa.[2] — 2) L'ipoteca *giudiziale* può nascere da *ogni* sentenza, pronunziata in contraddittorio o in contumacia, in 1ª o in 2ª istanza, portante *condanna* al pagamento

[1] Vedi però circa i miglioramenti agrarii la Legge del 23 gennaio 1887.

[2] Qui l'*ipoteca legale* concessa allo Stato comprende in sè un *privilegio* in favore della difesa

di una *somma*, alla consegna di cose *mobili* o all'adempimento di un'altra obbligazione, *la quale possa risolversi nel risarcimento dei danni* (art. 1970). — 3) Possono consentire ipoteca *convenzionale* le persone capaci di *alienare*, poichè l'ipoteca comprende in sè il *ius distrahendi*: coloro che hanno sull'immobile un diritto sospeso da una condizione o risolvibile in casi determinati, o dipendente da titolo annullabile, non possono costituire che un'ipoteca soggetta alle medesime eventualità; ad eccezione dei casi, in cui la legge espressamente dispone, che la risoluzione o rescissione non è operativa a danno dei terzi (art. 1976, 1933, n. 3). L'ipoteca convenzionale non può aver luogo sopra beni *futuri* (art. 1977).

Pubblicità delle ipoteche. — *Tutte* le ipoteche, *qualunque sia la loro causa*, devono essere rese pubbliche mercè l'*iscrizione* nell'ufficio delle ipoteche del luogo, dove si trovano i beni gravati (art. 1981); vi ha persone incaricate per legge di curare l'iscrizione di alcune ipoteche legali (art. 1982, 1983, 1984, 1985). L'iscrizione non può aver luogo, che in virtù di un atto *pubblico* o di una scrittura privata, le cui sottoscrizioni siano state *autenticate* o *verificate giudizialmente* (articoli 1989, 1990, 1991); in quanto alle *note* si segue in generale la medesima procedura della *trascrizione* (articoli 1987, 1988, 1998). Il cessionario, la persona surrogata o il creditore, che ha in pegno il credito iscritto, a *fine d'impedire, che per fraudolento concerto fra il debitore e il suo causam dans venga cancellata l'ipoteca, può* fare *annotare* in margine o in calce dell'iscrizione presa la cessione, surrogazione o il pegno, consegnando al conservatore l'atto relativo (art. 1994).

Rinnovazioni. — L'*iscrizione* conserva l'ipoteca per *trent' anni* dalla sua data: onde l'effetto dell'iscrizione cessa, se non è *rinnovata* prima della scadenza del

detto termine, fatta eccezione però dell' ipoteca *legale* della moglie, la quale conserva il suo effetto, senza la rinnovazione, *durante il matrimonio e per un anno successivo* allo scioglimento del medesimo (art. 2001 e 2004). Per ottenere la rinnovazione si presentano al conservatore due note conformi a quelle della precedente iscrizione, contenenti la dichiarazione che s' intende rinnovarla: tiene luogo di titolo la *nota* dell'iscrizione da rinnovarsi (art. 2005).

Ordine fra le ipoteche. — L' ipoteca produce effetto e prende *grado* dal momento della sua iscrizione, ancorchè si tratti di un contratto di prestito, in cui lo sborso del denaro si effettui posteriormente: il *numero d' ordine* delle iscrizioni ne determina il *grado* (articoli 2007, 2008, 2009). L'iscrizione del credito serve per far collocare *allo stesso grado* le spese dell' atto, quelle dell' iscrizione e rinnovazione, e quelle ordinarie, che possono occorrere per *collocazione* nel giudizio di graduazione: se il credito produce interessi e la misura di essi è enunciata nell' iscrizione, essa serve inoltre per far collocare *allo stesso grado* gl' interessi dovuti per le *due annate* anteriori a quella in corso al giorno della trascrizione del precetto, oltre gl' interessi successivi (art. 2010). Il creditore avente ipoteca sopra uno o più immobili, qualora si trovi perdente per essersi sul prezzo dei medesimi soddisfatto un creditore anteriore, *la cui ipoteca si estendeva ad altri beni*, per ragioni di *equità* e per evitare ingiustificate preferenze, s' intende surrogato (*surroga ipotecaria*) nell' ipoteca, che apparteneva al creditore soddisfatto; e può fare eseguire la relativa *annotazione*, a fine di esercitare l' azione ipotecaria sopra gli *stessi beni* e di essere preferito ai creditori *posteriori* alla sua iscrizione. Lo stesso diritto spetta ai creditori perdenti in seguito alla detta surrogazione, e ai creditori perdenti

per causa dei privilegi sull'immobile attribuiti allo Stato (art. 2011).[1]

Riduzione delle ipoteche. — La riduzione si opera col restringerle a una *parte soltanto dei beni* indicati nell'iscrizione, o col ridurre a quantità minore la *somma* per cui l'iscrizione fu presa. Possono ridursi le ipoteche *giudiziali* e le *legali* (eccetto quelle del venditore o altro alienante, dei soci e condividenti),[2] se i beni compresi nell'iscrizione hanno un valore eccedente la cautela da somministrare,[3] o se la somma determinata dal creditore nell'iscrizione eccede di *un quinto* quella, che è dal giudice dichiarata dovuta (art. 2026).

Estinzione delle ipoteche. — Le ipoteche si estinguono coll'estinguersi dell'obbligazione; colla *distruzione* dell'immobile gravato, salvo il trapasso dell'ipoteca sul *prezzo,* nel caso previsto dall'art. 1951; colla rinunzia *espressa* o *tacita* del creditore; col pagamento dell'*intero* prezzo nei modi stabiliti nei giudizi di graduazione; collo spirare del termine, a cui furono limitate; col verificarsi della condizione risolutiva che fuvvi apposta. La prescrizione estintiva dell'*azione ipotecaria,* finchè i beni sono posseduti dal *debitore,* non ha luogo, se non insieme alla prescrizione estintiva dell'*obbligazione principale:* invece riguardo ai beni posseduti dai *terzi* la prescrizione dell'azione ipotecaria (*rei persecutoria*) si verifica fra trent'anni, quando

---

[1] Bicci, *Della surroga ipotecaria.* Si noti l'art. 2087, dettato anch'esso coll'intento d'impedire, che un creditore di grado posteriore, mercè la rinunzia di un creditore, avente ipoteca *su vari immobili,* venga favorito a danno di un creditore *anteriormente* iscritto.

[2] Non è ammessa la domanda di riduzione delle ipoteche *convenzionali* o *giudiziali,* se la quantità dei beni o la somma fu determinata per convenzione o sentenza (art. 2025).

[3] Il valore dei beni è reputato eccedente, quando supera di *un terzo* l'importare del credito iscritto, accresciuto degli accessorii a norma dell'art. 2010 (art. 2027).

anche contro il debitore principale non sia prescritto il credito garentito (art. 2030). — Venendo a mancare la causa dell'estinzione, come se ad esempio il pagamento sia dichiarato nullo, l'ipoteca rinasce; ma, in grazia al principio della pubblicità, se la precedente iscrizione non è stata conservata, l'ipoteca rinata non prende grado, che dalla data della nuova iscrizione (art. 2029, 2030, 2031, 2032).

Della cancellazione delle iscrizioni. — La cancellazione può essere ordinata *giudizialmente* con sentenza o provvedimento, *passato in giudicato,* se l'ipoteca non sussiste o l'iscrizione è nulla; o *consentita* dal creditore, capace di *liberare* il debitore e di *disporre* del credito (art. 2036, 2033, 2034, 2035).

Purgazione dell' immobile dalle ipoteche. — Ogni *acquirente,* che non sia *personalmente* obbligato a pagare i creditori ipotecari, ha *facoltà* di liberare gl'immobili da ogni ipoteca *iscritta anteriormente alla trascrizione* del suo titolo di acquisto (art. 2040). Egli però non può essere ammesso a istituire il giudizio di purgazione, se prima non ha fatto iscrivere in favore della massa dei creditori del venditore l'*ipoteca legale,* a garentia del pagamento del *prezzo* della vendita, o del *valore dei beni,* se li ebbe a titolo lucrativo o senza determinazione del prezzo. L'acquirente farà notificare per mezzo di usciere ai creditori iscritti, nel domicilio da essi eletto, e sommariamente inserire nel giornale degli annunzi giudiziari un atto contenente: 1) la data e natura del suo titolo; 2) la quantità e situazione dei beni; 3) il prezzo stipulato o il valore dichiarato; 4) la data della *trascrizione;* 5) la data e il numero d'ordine delle iscrizioni; 6) uno stato *in tre colonne* di tutte le iscrizioni prese sopra i beni contro i precedenti proprietari, anteriormente alla trascrizione: nella prima colonna sarà indicata la data delle iscrizioni, nella se-

conda il nome e cognome dei creditori, nella terza l'importare dei crediti iscritti (art. 2043). Se fra *quaranta giorni* dalla detta notificazione nessuno dei creditori iscritti e dei relativi *fideiussori* fa nelle forme legali l'offerta di *rincaro*, obbligandosi cioè di aumentare almeno di *un decimo* il prezzo stipulato o dichiarato, il valore dell'immobile rimane *definitivamente* stabilito nel prezzo stipulato nel contratto o dichiarato dal nuovo proprietario. L'immobile resta liberato dalle ipoteche relative ai crediti, che non possono venire soddisfatti col detto prezzo, salvo ai creditori l'azione *personale* contro il debitore: riguardo alle altre ipoteche l'immobile ne è liberato, a misura del pagamento dei creditori *utilmente collocati*, o mediante deposito nei modi indicati dal Codice di Proc. civ. (art. 2045, 2046, Cod. civ.; 720, 723, 724, Proc. civ.). — Il creditore, che abbia fatto validamente l'offerta di rincaro, viene considerato anche come *mandatario degli altri creditori*; laonde, se essi non vi consentano tutti, la desistenza del creditore offerente non vale a impedire la subastazione, quantunque egli abbia pagato l'offerto aumento (art. 2051). Il terzo possessore può anche egli concorrere agl'incanti, cui ha dato occasione l'offerta di rincaro: se rimane aggiudicatario, ha regresso contro il venditore pel rimborso di ciò, che eccede il prezzo stipulato nel contratto e per gl'interessi di tale eccedenza dal giorno di ciascun pagamento (art. 2052).

Effetti dell'azione ipotecaria rispetto al terzo possessore. — Il *terzo* possessore, che non abbia proceduto alla *purgazione delle ipoteche,* deve o *pagare* i creditori iscritti o *rilasciare* l'immobile senza alcuna riserva. Il *rilascio* può eseguirsi da qualunque terzo possessore, non obbligato *personalmente* per il debito, e il quale abbia la capacità di *alienare,* mercè dichiarazione resa nella cancelleria del Tribunale competente

per la subastazione. Il terzo possessore è *custode* dell'immobile, finchè non sia nominato dal Tribunale l'amministratore, contro cui si dovranno fare e proseguire gli atti del giudizio di espropriazione (art. 2016, 2019). Le servitù, le ipoteche e gli altri diritti reali, che spettavano al terzo possessore, rivivono dopo il rilascio o dopo la vendita all'incanto, come gli spettavano prima del suo acquisto: del pari le ipoteche costituite dal terzo possessore e debitamente iscritte rimangono ferme, non ostante il rilascio (art. 2016, 2017). Il terzo possessore è responsabile rispetto ai creditori iscritti soltanto dei *deterioramenti* seguiti per colpa grave: non ha *diritto di ritenzione* per causa dei miglioramenti, ma può far *separare dal prezzo* la parte corrispondente ai miglioramenti da lui fatti, *dopo* la trascrizione del suo titolo (art. 2020). — Il terzo non può avvalersi della facoltà del *rilascio* dell'immobile, se in dipendenza del suo acquisto *già trascritto* egli sia debitore di una somma *attualmente esigibile*, la quale basti al soddisfacimento dei creditori iscritti; *ciascuno* di essi in tal caso può, mercè l'azione di rappresentanza, obbligarlo al pagamento: se il debito del terzo possessore non fosse attualmente esigibile, o fosse minore o diverso da ciò, che è dovuto ai creditori, il rilascio sarebbe egualmente vietato, se *tutti i creditori*, di comune accordo, richiedessero che la somma da lui dovuta venisse pagata a loro (art. 2023). — Anche quando il terzo possessore abbia *validamente* eseguito il rilascio, egli può, prima che sia seguita la vendita all'incanto, ricuperare l'immobile, pagando i crediti iscritti (art. 2018). — Qualora non *rilasci* l'immobile, nè *paghi* i crediti *iscritti*, il creditore istante, trascorsi *trenta giorni* dal precetto al debitore e dalla notificazione di esso al terzo, coll'intimazione di *pagare o rilasciare*, può far vendere l'immobile ai pubblici incanti (art. 2013, 2015). — Il terzo

possessore che ha *pagato* i crediti iscritti, *rilasciato* l'immobile o *sofferta la spropriazione*, ha ragione d'indennità contro il suo autore: ha inoltre l'*azione di subingresso* contro i terzi possessori di altri fondi, sottoposti a ipoteca per gli *stessi crediti*, e *posteriori* di data nella trascrizione del loro atto di acquisto (articolo 2022).

Pubblicità dei registri ipotecari e responsabilità dei conservatori. — I conservatori delle ipoteche devono *a chiunque ne faccia richiesta* dare copia dei *documenti* depositati presso di loro, e delle trascrizioni, iscrizioni e annotazioni, o il certificato che non ve n'è alcuna (art. 2066). I conservatori sono responsabili: 1) dell'*omissione* nei loro registri delle trascrizioni, iscrizioni e relative annotazioni, degli errori incorsi in tali operazioni; 2) dell'*omissione* nei loro *certificati* di una o più trascrizioni, iscrizioni e annotazioni, e degli *errori* incorsi nei medesimi, salvochè l'iscrizione o l'errore provenga da indicazioni insufficienti, che non possano venir loro imputate; 3) delle *cancellazioni* indebitamente operate (art. 2067). Nel caso di qualunque diversità fra i risultati dei *registri* e quelli delle *copie* o dei *certificati* rilasciati dal conservatore, si starà ai risultati dei registri, ferma la responsabilità del conservatore per ogni danno derivatone (art. 2068). I conservatori sono obbligati a tenere registri *particolari*, quali quelli per le trascrizioni, per le iscrizioni soggette a rinnovazione, per le iscrizioni non soggette a rinnovazione, per le annotazioni; e inoltre un registro *generale* o *d'ordine*, in cui giornalmente annoteranno al momento della consegna ogni titolo, che viene loro rimesso per la trascrizione, iscrizione e annotazione.[1] I suddetti re-

[1] Questo registro diviso in altrettante *caselle* esprimerà il numero d'ordine, il giorno della richiesta, la persona dell'esibitore e quella per cui la richiesta vien fatta, i titoli presentati colle note, l'oggetto,

gistri saranno *vidimati in ogni foglio* dal presidente del Tribunale civile, a fine d'impedire la *sostituzione*, la *soppressione* e l'*aggiunta* dei fogli (art. 2071, 2072, 2073): non possono mai essere levati dall'ufficio del conservatore, fuorchè per ordine di una *Corte di appello*, quando ne fosse riconosciuta la *necessità*, e mediante le cautele, che verranno determinate dalla stessa Corte (art. 2074).

---

vale a dire, se trascrizione, iscrizione o annotazione, e *le persone, rimpetto alle quali debbono farsi* (art. 2071). Uno dei difetti maggiori del nostro sistema ipotecario è appunto questo, che i registri sono ordinati non *in relazione ai fondi*, come i libri tavolari tedeschi, *ma in relazione alle persone*. — Notisi che per la legge del 28 giugno 1885, perchè si potessero ricostituire uffici, che nell'avvenire fossero per mala ventura distrutti, è stato ordinato il deposito di una copia del registro generale presso la Procura regia del Tribunale civile, dove trovasi l'ufficio della conservazione delle ipoteche (art. 19). V. PADULA, *Commento alla legge sulla ricostituzione dell'ufficio ipotecario di Potenza*, e la mia *Prefazione*, pag. 6.

DIRITTO DELLE SUCCESSIONI.

§ 96. — Caratteri generali del diritto di successione.

Il diritto di disporre dei propri beni a causa di morte discende dal diritto di proprietà e dal diritto civile positivo: i socialisti impugnano e l'una e l'altra premessa per negare la legittimità della conseguenza.

L'erede è il continuatore e il rappresentante del defunto; per effetto della *successio in universum ius* si muta soltanto il subbietto dei diritti e delle obbligazioni, ma questi rimangono inalterati nel loro contenuto *obbiettivo*. I soli diritti, che l'erede non acquista, sono i *personalissimi*, che si estinguono per mutare del *subbietto*, ad esempio, i diritti di *famiglia*, di *usufrutto*, di *uso e di abitazione*. Dai suesposti principii discende: 1) che il patrimonio suo viene confuso con quello del defunto: onde i creditori suoi acquistano diritto sui beni ereditari, e i creditori del defunto sui beni dell'erede; 2) che l'erede è tenuto a pagare i debiti anche *ultra vires hereditarias;* 3) che l'erede non può impugnare gli atti compiuti dal defunto, fuorchè nei casi, in cui li avrebbe potuti impugnare il defunto medesimo, o la legge gliene dia il diritto; 4) il possesso del defunto continua di diritto nell'erede, coi medesimi caratteri con cui è cominciato, *accessio possessionis*. — La rap-

presentanza del defunto può essere attribuita ad un solo erede, che succede nella universalità del patrimonio (*heres ex asse*), od a più coeredi che succedono in una *parte aliquota* di esso (*heredes ex parte*): anche in quest' ultimo caso, fino alla concorrenza della propria quota, ciascuno dei coeredi è *successor in universum ius*. I legatari, invece, succedono soltanto nei *singoli* diritti e cose loro trasmesse, per effetto di una *successio* a titolo *particolare, in res singulas*. La successione si apre nel luogo dell'*ultimo domicilio* del defunto (art. 923, Cod. civ.; 94, Proc. civ.).

§ 97. — Presupposti della delazione dell' eredità.

1) *Morte del de cuius*. — Le *istituzioni contrattuali* e tutte le altre *convenzioni*, che si proponessero di togliere o di limitare la capacità di disporre a causa di morte, sarebbero nulle, sebbene intervenisse il consenso della persona, della cui eredità si tratta: sono nulle del pari le rinunzie a successioni future (art. 954, 1380, 1118, 1460). È il *momento della morte* quello, che segna la trasmissione del diritto ereditario: di conseguenza, se viene a mancare la successione testamentaria per inadempimento di una condizione sospensiva o risolutiva, la successione legittima si devolverà in favore degli eredi presuntivi viventi *al tempo della morte del testatore*, e non di quelli viventi al tempo dell' adempimento o inadempimento della condizione (art. 933). Oltre la morte non si ammette altra causa di devoluzione dell'eredità: la professione religiosa non produce più una civile *minutio capitis*, e l'assenza *dichiarata* non induce mai *presunzione di morte*, nè devoluzione definitiva dei beni. Non si ammette neanche la *società universale di tutti i beni presenti e fu-*

turi in proprietà, la quale indirettamente importerebbe un patto successorio (art. 1701).

2) *Sopravvivenza della persona, in cui favore ha luogo la devoluzione.* — Non può aver luogo alcuna trasmissione di diritti a titolo universale o particolare in favore di coloro, che non hanno giuridica esistenza al tempo della morte del testatore.[1]

§ 98. — Specie della vocazione ereditaria.

La successione ereditaria può essere regolata dalla *volontà* del *de cuius* (*successione testamentaria*), ovvero dalla *legge* (*legittima, ab intestato*). Entrambe le vocazioni possono *concorrere*, poichè è abrogata la massima fondamentale del sistema successorio romano: *Nemo ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest* (*Ist.*, 2, 14, § 5). Tale *concorso* ha luogo, quando il testatore ha disposto soltanto di una parte de' suoi beni; oppure ha disposto di tutto il suo patrimonio in favore di più persone, ma alcuna di queste non consegua la sua parte, ed essa non si devolva ai sostituiti o ai discendenti dell'erede mancante, nè si accresca alle altre persone. Non si fa luogo alla successione legittima, se non quando manchi la testamentaria *in tutto* o *in parte* (art. 720). La successione testamentaria può mancare interamente o parzialmente fin dall'apertura della successione o per cause *sopravvenute*, come: *a*) se il testamento è *nullo; b*) se il chiamato non consegue l'eredità, nè la trasmette ad un sostituito; *c*) per verificarsi o non verificarsi della condizione apposta all'istituzione; *d*) se la prole nascitura istituita erede non nasce, o nasce non vitale.

§ 99. — Della successione legittima.

La successione legittima si fonda sui *vincoli del sangue* e sulla *presunta* intenzione del defunto. L'an-

[1] L'art. 84 della legge sulle istituzioni pubbliche di beneficenza, troncando un'antica questione, ha tuttavia riconosciuto la validità delle disposizioni testamentarie in favore di enti non ancora dichiarati corpi morali al tempo della morte del testatore.

tico diritto per conservare i beni immobili nelle famiglie aveva accolta la massima: *paterna paternis, materna maternis*, e favoriti i privilegi di *mascolinità* e *primogenitura*. Oggi, invece, non si ha più alcun riguardo nè all'origine dei beni, nè alla prerogativa della linea.[1]

I successori legittimi si dividono in quattro *ordini*, di cui il primo è diviso in quattro *classi* o categorie: 1) i *parenti* LEGITTIMI fino al 10° grado [*a*) *discendenti* del *de cuius*; *b*, *c*) *ascendenti*, *fratelli*, *sorelle* e loro discendenti; *d*) altri *collaterali* fino al 10° grado]; 2) i *genitori* NATURALI, i loro *figli* riconosciuti o dichiarati e i *discendenti legittimi* di essi; 3) il CONIUGE SUPERSTITE. 4) lo STATO (art. 721).

§ 100. — Della rappresentazione.

La successione ha luogo: 1) *iure proprio*, allorchè il chiamato è il *più prossimo* parente, onde la legge gli ha conferito immediatamente il diritto di succedere: i figli, ad esempio, succedono *iure proprio* ai loro genitori; 2) *iure transmissionis*, allorchè succede l'erede di colui, che muore prima di avere accettata o ripudiata la successione, *già aperta in suo favore* (art. 939); 3) *iure repræsentationis*, quando alcune persone, che altrimenti sarebbero escluse dalla successione, la conseguono, rappresentando altre persone defunte *prima dell' apertura della successione*, e sottentrando nei *medesimi diritti* e nel *medesimo grado*: così, ad esempio, i nipoti *ex filio*, rappresentando i diritti del genitore premorto,

[1] « Agli occhi del legislatore non esiste distinzione di sesso, nè di primogenitura, non distinzione di origine o di natura dei beni; sicchè ogni cosa ed ogni diritto va adeguato nella formula comprensiva e nel principio sovrano dell' egualità. » Relaz. dolla Commissione del Senato, III, § II, pag. 2.

concorrono cogli zii nella successione del nonno (art. 729). Il rappresentante succede *direttamente* al *de cuius* e non al rappresentato: di conseguenza può giovarsi della rappresentazione, sebbene sia indegno o incapace di succedere al rappresentato, purchè sia capace di succedere al defunto: può del pari succedergli, sebbene abbia *rinunziato* alla eredità del rappresentato (art. 735). La rappresentazione, quantunque si fondi sulla presunta volontà del testatore, non può esser tolta, nè concessa da lui: è un beneficio della legge, indipendente dalla volontà dei privati. Essa è concessa: 1) ai *discendenti* dei figli *legittimi, legittimati* e *adottivi* del *de cuius, in infinito* (art. 730). Esempio (α): L'eredità di A sarà attribuita per un terzo a B, per un terzo a I, E, H, come rappresentanti di C, e per un terzo ad M, L, come rappresentanti di D, sebbene i discendenti di C, D e si trovino in gradi disuguali e siano disuguali di numero; 2) ai discendenti *legittimi* del figlio *naturale* riconosciuto o dichiarato, *in infinito;* 3) ai discendenti dei *fratelli* e delle *sorelle,* germani, consanguinei ed uterini, *in infinito* (art. 732). Il diritto di rappresentazione spetta non solo ai discendenti nati, ma anche a quelli *concepiti* al tempo della morte del *de cuius.* La rappresentazione non è concessa: 1) agli *ascendenti,* poichè tra essi *il più prossimo esclude il più remoto* (art. 731); 2) ai discendenti dei collaterali *di 3° ed ulteriore grado;* altrimenti la proprietà sarebbe troppo frazionata; 3) al *figlio adottivo del rappresentato,* poichè l'adozione non induce alcun rapporto fra l'adottato e i parenti dell'adottante (art. 212). Per effetto della rappresentazione i rappresentanti, qualunque sia il loro numero, conseguono quella quota, che avrebbe conseguito il rappresentato.

(α)

A + *de cuius*

B C + D +

I E H F +

M L

Di regola non si possono rappresentare le persone *viventi al tempo dell'apertura della successione:* si fa eccezione a tale regola in favore: *a*) degli eredi dell'*assente* (art. 43); *b*) dei discendenti degl' *indegni*, poichè sarebbe ingiusto che la colpa dei padri fosse di pregiudizio ai figli innocenti (art. 734). Un discendente può rappresentare tutta la serie dei suoi ascendenti premorti, e prendere il grado e i diritti del primo, purchè nel risalire la linea non s'incontri alcuno, che non possa essere rappresentato, perchè *rinunziante* (articolo 947).

§ 101. — Dell'incapacità di succedere.

Tutti sono capaci di succedere, salvo le eccezioni stabilite dalla legge (art. 723). L'incapacità di succedere deriva: 1) da *mancanza di personalità:* sono incapaci di succedere i *non concepiti* al tempo della successione (§ 7). Sotto l'impero del nostro codice sono pienamente capaci di succedere gli *stranieri*, gl' *interdetti legali*, e le *persone legate da voti religiosi*. 2) L'incapacità deriva inoltre da *indegnità* del successore; in essa s'incorre per un attentato alla *fama*, alla *vita* o alla libertà del *de cuius:* e differisce dalla *incapacità* dipendente da mancanza di personalità giuridica: *a*) perchè non toglie la capacità di succedere a *chiunque*, ma solo quella di succedere alla persona, contro cui l'attentato è stato commesso; *b*) perchè può cessare per *espressa riabilitazione* del defunto; *c*) perchè i *discendenti* dell'indegno possono succedere per rappresentazione; *d*) perchè l'indegnità non opera *di diritto*, ma deve essere *pronunziata*. È indegno di succedere: *a*) chi abbia *volontariamente* ucciso o tentato di uccidere la persona della cui successione si tratta. L'indegnità non ha luogo, se il successibile ha agito in istato di *priva-*

zione di mente o di *legittima difesa,*[1] o per *mancanza di diligenza* (art. 554, Cod. pen.). A differenza del Codice francese, secondo le nostre leggi l'indegnità s'incorre indipendentemente dalla *condanna* penale; gli effetti civili dell'indegnità non cessano colla riabilitazione, coll'indulto e neanche coll'amnistia; *b*) chi abbia accusato (o, meglio, *imputato*) il *de cuius* di reato punibile con pena *criminale,* quando l'accusa sia stata dichiarata *calunniosa* in giudizio. L'indegnità non s'incorre, se il calunniatore si ritrattò, prima che sia pronunziata la sentenza contro il *de cuius,* o se l'accusa è *vera,* sebbene sia gravissima e rivolta contro i più stretti congiunti; *c*) chi abbia costretto il defunto a fare testamento o a cangiarlo; *d*) chi abbia impedito il testatore di fare il testamento o di revocare il già fatto, o abbia soppresso, cancellato o alterato il testamento posteriore. Se la prava intenzione non ha prodotto danno, poichè il testamento soppresso, cancellato o alterato era revocato o nullo, l'autore non incorre nell'indegnità (art. 725). La riabilitazione dell'indegno non può aver luogo, prima che si sia verificata l'indegnità: deve inoltre essere *espressa* e risultare da testamento o da atto *autentico* (art. 726). L'indegnità dev'essere pronunziata per sentenza: nel frattempo l'indegno è erede, ed ha il possesso dei beni ereditari. Pronunziata l'indegnità, l'indegno deve restituire ai veri eredi l'eredità, i frutti indebitamente percepiti dal giorno dell'apertura della successione (art. 727), i capitali esatti, sebbene non impiegati, cogli interessi dal giorno della sentenza. Cessano quindi gli effetti della *confusio hereditaria,* e l'indegno riacquista tutti i suoi diritti, ed è soggetto a tutti gli obblighi verso l'eredità. Gli atti compiuti dall'erede, a titolo oneroso, con terzi di buona fede sono

[1] G. Fioretti, *Della legittima difesa,* 1885.

mantenuti, come se fossero stati fatti dall'erede apparente (art. 933). L'azione d'indegnità è *divisibile:* di conseguenza l'indegno può ritenere le quote di quegli eredi, che non l'hanno promossa.

§ 102. — Degli ordini di successione.

Delle quattro *classi* del primo *ordine* (*parenti legittimi fino al 10° grado*), la prima (*discendenti*) esclude tutte le altre; la seconda e la terza (*ascendenti, fratelli e sorelle e loro discendenti*) concorrono insieme, ed escludono la quarta (*altri collaterali fino al 10° grado*). I discendenti dei fratelli e delle sorelle escludono i componenti della quarta categoria, anche quando, per la rinunzia dei loro genitori, non succedano per *rappresentazione,* ma per *diritto proprio* e per *capi* (arg. art. 742). Esempio (α): G, H, M, N, nipoti di B +, escluderanno il prozio C, sebbene succedano per diritto proprio e si trovino in pari grado con lui. —

(α)

A — M C

F B + E

G H M N

Successione del primo ordine: 1) Se al *de cuius* sono superstiti discendenti, questi succedono in tutta l'eredità *iure proprio vel repræsentationis,* ed escludono *tutti gli altri successibili.* 2) Se al *de cuius* sopravvivono *soltanto* i genitori, questi si dividono l'eredità per *capi;* in *mancanza* di uno di essi, sarà devoluta *per intero* al *superstite.* Se in mancanza di genitori sono superstiti altri ascendenti delle due linee, paterna e materna, di grado eguale, l'eredità si divide per metà a ciascuna linea, *sebbene diversa di numero:* in ciascuna linea succedono gli ascendenti *prossimi.* Se gli ascendenti delle due linee non sono in grado *eguale,* il più prossimo esclude il più remoto, *senza distinzione di linea, di sesso e di origine di beni* (art. 739). 3) Se al *de*

cuius sopravvivono *soltanto* fratelli e sorelle germani, e loro discendenti, l'eredità si divide fra i medesimi *per capi o per stirpi.* Gli unilaterali *consanguinei* od *uterini* succedono coi germani, ma ricevono soltanto la metà della quota, *che spetta* ai germani (art. 741). Si disputa tuttora, se agli unilaterali tocchi la metà della quota effettiva, *che spetta* ai germani (quota *di fatto*), oppure la quota, che *sarebbe* loro *spettata*, se fossero stati germani (*quota di diritto*). La differenza fra i due sistemi è rilevantissima; esempio:

	Quota *di fatto.*	Quota *di diritto.*
	A + (*de cuius*): eredità . . 4000	
G	(germano) . . . $1/2 = 2000$	G . . . $1/3 + 1/6 + 1/6 = 2666{,}66$
C	(consanguineo) $1/4 = 1000$	C . . . $1/6$ . . . . $= 666{,}66$
U	(uterino) . . . . $1/4 = 1000$	U . . . $1/6$ . . . . $= 666{,}66$

Più fondato ci sembra il sistema della quota *di fatto:* esso si fonda sul principio costante e razionale, che chi è legato da unico vincolo abbia la metà effettiva di colui, che è legato da vincolo doppio; e sulla lettera della legge, che mentre per la successione dei figli naturali ha l'espressione: *metà della quota, che sarebbe spettata* (art. 744), per la successione degli unilaterali ha l'altra: *metà della quota, che spetta.* 4) Concorrendo ascendenti e fratelli o sorelle germani, la divisione si fa per capi, purchè in niun caso la porzione degli ascendenti sia minore di *un terzo.* 5) Se concorrono ascendenti, germani ed unilaterali, si farà la divisione per capi, contando però due unilaterali per un germano, e assegnando all'ascendente non meno di un terzo dell'eredità. I discendenti di fratello o sorella rinunziante, sebbene succedano per diritto proprio in concorso cogli ascendenti, conseguono soltanto quella quota, che sarebbe spettata al rinunziante (art. 740). 6) Nella successione degli altri collaterali fino al 10° grado (quarta

classe) *il più prossimo esclude il più remoto,* senza distinzione di parentela unica o doppia: quindi lo zio uterino consegue la medesima parte dello zio germano (art. 742). — SUCCESSIONE DEL SECONDO ORDINE (*genitori naturali, loro figli riconosciuti o dichiarati e discendenti legittimi di essi*). Il figlio naturale non può succedere ai genitori, se non quando sia stato *riconosciuto* o *dichiarato tale* (art. 743). La legittimazione, che egli abbia ottenuto dopo l'apertura della successione, non ha effetto retroattivo (art. 201). Il figlio naturale, ancorchè riconosciuto, non ha diritto sui beni dei *congiunti* del padre o della madre, nè questi congiunti hanno diritto sui beni del figlio naturale (art. 749). Neanche la parentela naturale in linea collaterale attribuisce diritti di successione *ab intestato:* così il fratello naturale non ha diritto all'eredità dell'altro fratello, sebbene abbia con lui comuni il padre e la madre; egli è escluso perfino dallo Stato, ultimo successore. Il figlio naturale concorre cogli ascendenti, coi discendenti legittimi e col coniuge del genitore: esclude *tutti gli altri parenti.* 1) Concorrendo figli legittimi e figli naturali, questi hanno diritto alla metà della quota, che *sarebbe* loro *spettata,* se fossero stati legittimi (*quota di diritto*). Per eseguire la divisione, l'eredità si divide prima per capi; indi dalla quota dei naturali si deduce la metà e si aggiunge ai legittimi. I figli naturali non escludono mai dalla successione i discendenti dei figli legittimi, sebbene questi succedano per diritto proprio, perchè si trovano in grado più remoto per effetto di rinunzia dei loro ascendenti. 2) Se concorrono soltanto ascendenti legittimi e figli naturali, la divisione non si fa per capi, come nel concorso di ascendenti e fratelli, ma attribuendo invece $1/3$ dell'eredità agli ascendenti legittimi e $2/3$ ai figli naturali. 3) Lo stesso ha luogo se essi concorrono col solo coniuge. 4) Se i figli naturali

concorrono cogli ascendenti e col coniuge, gli ascendenti conseguiranno $^1/_3 = ^4/_{12}$, il coniuge $^1/_4 = ^3/_{12}$ e i figli naturali i rimanenti $^5/_{12}$ (art. 745). 5) Se i figli naturali non si trovano in concorso nè con discendenti, nè con ascendenti, nè col coniuge escludono tutti gli altri parenti, compresi i fratelli del *de cuius* (art. 747). I discendenti *legittimi* del figlio naturale premorto possono reclamare i diritti stabiliti a favore di lui; lo stesso ha luogo, quando egli vi abbia rinunziato e i figli succedano per diritto proprio in concorso degli ascendenti e del coniuge (art. 748). Il figlio naturale deve imputare nella sua porzione tutto ciò, che ha ricevuto dai genitori e sia soggetto a collazione, secondo le norme ordinarie scritte nella sezione IX del capo III di questo titolo, *non ostante qualunque dispensa.* Tale obbligo deriva, dacchè il figlio naturale in concorso degli ascendenti e dei discendenti legittimi del testatore, è incapace di ricevere per testamento più di quanto la legge gli attribuisce nelle successioni intestate: *in concorso del coniuge,* i figli naturali non sono colpiti da tale incapacità, nè di conseguenza obbligati alla collazione (art. 746 e 768). Il figlio naturale è *erede;* ma i figli legittimi ed i loro discendenti hanno diritto di *pagare* le quote spettanti al figlio naturale in denaro o in beni immobili ereditari a giusta stima. Eguale diritto non è dato *nè agli ascendenti, nè al coniuge* del genitore naturale (art. 744, 2° comma). *In concorso de' figli legittimi,* i naturali devono inoltre chiedere loro il possesso dei beni ereditari (art. 927). — I genitori naturali succedono al figlio, purchè l'abbiano riconosciuto *prima della sua morte;* non succedono ai discendenti legittimi o naturali di lui, dalla cui eredità vengono esclusi finanche dallo Stato. 1) Se il figlio naturale muore senza lasciare prole nè coniuge, l'eredità sua è devoluta per intero a quello dei genitori, che lo

abbia riconosciuto o dal quale sia stato dichiarato figlio, ovvero per metà a ciascuno dei genitori, se fu riconosciuto o dichiarato figlio di ambedue (art. 750). 2) Se il figlio naturale muore senza lasciare nè genitori, nè prole, l'eredità è devoluta per intiero al coniuge. 3) Se muore lasciando coniuge e genitori naturali, l'eredità spetta per metà al coniuge e per l'altra metà al genitore o ai genitori naturali (art. 751). I figli naturali semplici e gl'incestuosi o adulterini nei casi previsti dall'art. 193 hanno diritto agli *alimenti*, che durante la vita del genitore si misurano, secondo le sostanze di lui e il bisogno del figlio, e dopo la morte, *anche secondo il numero e la qualità degli eredi legittimi* (art. 752). Questo diritto non è un diritto di *eredità*, ma un diritto di *credito*, che si può far valere contro gli eredi del genitore, sebbene questi non lo abbia riconosciuto nel testamento; gli eredi però non sono tenuti a soddisfarlo *ultra vires* del patrimonio del defunto. Il diritto agli alimenti è *personale* del figlio naturale: i suoi discendenti non possono conseguirlo, neanche per rappresentazione. — SUCCESSIONE DEL TERZO ORDINE. Il Codice italiano, senza richiedere la condizione della *povertà*, ha accordato così al vedovo, come alla vedova un diritto di successione sull'eredità dell'altro coniuge, purchè concorrano le due condizioni: che il matrimonio sia *valido*, e che *il coniuge defunto non abbia ottenuto* contro il superstite, e per colpa di lui, sentenza di separazione personale *passata in giudicato* (art. 757). Il coniuge superstite, concorrendo coi figli legittimi del testatore, consegue una quota di *usufrutto*; concorrendo con altri, ottiene invece una quota in *proprietà*. 1) Se il coniuge concorre con figli legittimi consegue l'usufrutto di una porzione eguale a quella di ciascun figlio, *compreso nel numero dei figli anche il coniuge*. 2) Concorrendo con figli legittimi e naturali,

l'usufrutto del coniuge è di una porzione eguale a quella, che tocca a ciascun figlio *legittimo*. Di conseguenza, dati tre figli legittimi (A, B, D), due naturali (E, F) e il coniuge (C), la divisione dell' usufrutto si farà così:

C	A	B	D	E	F
$^1/_6 = ^4/_{24}$	$^4/_{24}$	$^4/_{24}$	$^4/_{24}$	$^2/_{24}$	$^2/_{24}$

I $^4/_{24}$ detratti dalle quote dei naturali debbono aggiungersi a quelle dei figli legittimi e del coniuge superstite: onde ciascuno di essi avrà $^5/_{24}$. In ogni caso la porzione di usufrutto spettante al coniuge, in concorso coi figli legittimi, non può essere mai maggiore del *quarto* dell' eredità; ciò accadrebbe quando i figli legittimi fossero *meno di tre*. I figli legittimi hanno la facoltà di soddisfare le ragioni del coniuge superstite mediante l'assicurazione di una rendita vitalizia, o l'assegno di frutti di beni immobili o capitali ereditari da determinarsi d'accordo e altrimenti dall' autorità giudiziaria, avuto riguardo alle circostanze del caso. Finchè il coniuge non sia soddisfatto delle sue ragioni, conserva i suoi diritti di usufrutto su tutti i beni ereditari (art. 753, 819). 3) Se il coniuge concorre soltanto con ascendenti o figli naturali, o fratelli e sorelle o loro discendenti, consegue un *terzo* in *proprietà*. 4) Se concorre a un tempo con ascendenti legittimi e figli naturali, gli ascendenti conseguiranno $^1/_3 = ^4/_{12}$, il coniuge $^1/_4 = ^3/_{12}$, ed i figli naturali $^5/_{12}$ (art. 754). 5) Se concorre con ascendenti e fratelli e sorelle o loro discendenti, consegue $^1/_3$; gli altri $^2/_3$ si dividono *per capi* fra i collaterali di 2° grado (o i loro discendenti), e gli ascendenti, purchè questi ultimi non conseguano meno di $^1/_3$ (art. 740). 6) Se concorre con altri congiunti entro il 6° grado, ad esempio, zii, cugini, ec., consegue $^2/_3$ dell'eredità; l'altro terzo si devolve ai collaterali, secondo il principio: *il prossimo esclude il remoto.* 7) Il coniuge consegue

l'*intera* eredità, ed esclude tutti gli altri successibili, se non vi sono parenti *entro il 6° grado* (art. 755). Il coniuge deve in concorso di altri eredi imputare alla sua porzione ereditaria ciò, che ha ricevuto dal defunto in forza delle convenzioni matrimoniali e dei lucri dotali (art. 756). Il coniuge superstite, allorchè consegue *tutta la eredità* o una *quota* di essa *in proprietà*, è senza dubbio *erede*, e tenuto quindi al pagamento dei debiti anche *ultra vires hereditarias*; se consegue, invece il semplice *usufrutto*, è tenuto secondo le regole dell' usufrutto (art. 509). — DELLA SUCCESSIONE DELLO STATO. Abolita la successione legittima in favore di alcune *fondazioni e corporazioni*, e respinta la proposta di concederla ai *Comuni*, cui il defunto era legato del maggiore affetto, *mancandogli parenti fino al 10° grado*; il nostro Codice deferisce l' eredità allo *Stato*: *Fiscus post omnes* (art. 758). Lo Stato succede all' eredità dei *cittadini*, non a quella degli stranieri che posseggono beni nel Regno; quando anche la legge nazionale devolva l' eredità al loro Stato, e questo riesca per siffatto modo ad avere possedimenti nel Regno. Ciò non è contrario al nostro diritto pubblico; altrimenti non dovrebbe essere lecito agli Stati stranieri, neanche per atti tra vivi o per successione testamentaria, di acquistare beni in Italia.

§ 103. — Della successione testamentaria.

Il testamento è un atto *revocabile*, col quale taluno, secondo le regole stabilite dalla legge, dispone *pel tempo, in cui avrà cessato di vivere*, di *tutte* le proprie sostanze o di *parte* di esse, in favore di una o di più persone (art. 759). La *revocabilità* è un requisito essenziale del testamento: onde è intrinsecamente nulla ogni clausola o condizione, mercè cui il testatore rinunzi alla

libertà di revocare o di cangiare le disposizioni testamentarie (art. 916): perciò il testamento differisce dalla *donazione*, la quale, invece, è *irrevocabile* (art. 1066, 1050). A tutela della libertà testamentaria è vietato il testamento *mutuo*, onde i testatori in *unico atto* si avvantaggiano *reciprocamente*; è vietato del pari il testamento *mere simultaneum*, onde i testatori con *unico atto* beneficano la *stessa* persona (art. 761).[1]

§ 104. — Della capacità di disporre per testamento.

Le *sole* persone, che la legge dichiara incapaci di testare, sono: 1) coloro che non hanno *compiuto diciotto anni*; 2) coloro che sono *giudizialmente* interdetti *per infermità di mente*; 3) quelli che, *sebbene non interdetti*, si provi non essere *stati sani di mente* nel tempo, in cui fecero testamento:[2] il testamento *ab irato* è valido, ammenochè sia l'effetto di una manía transitoria che abbia tolta in tutto o in parte la volontà (art. 762, 763); 4) i condannati all'ergastolo (art. 33 Cod. penale): il testamento è nullo, anche se fatto prima della condanna.

§ 105. — Della capacità di ricevere per testamento.

Sono incapaci in modo *assoluto*, cioè rispetto all'eredità di *qualunque* persona, coloro che sono incapaci di succedere *per legge* (art. 765, 766), ad esempio, i *non concepiti*: pure, per ovviare ai danni derivanti dal divieto delle sostituzioni fedecommissarie, possono

---

[1] Tale divieto riguarda, a parer mio, non la *forma esterna*, bensì la *forma interna e sostanziale* dell'atto; quindi è nullo, sebbene fatto da cittadini italiani, in un paese, dove il testamento *congiuntivo* sia permesso.

[2] Non sono quindi applicabili ai testamenti, nè alle donazioni gli articoli 336 e 337.

ricevere i figli *immediati* di una *determinata* persona, *vivente al tempo della morte del testatore,* sebbene non ancora concepiti (art. 764).

L'*incapacità relativa* procede:

1) da *illegittimità dei natali:* i figli *incestuosi e adulterini, anche in mancanza di ogni parente legittimo,* non possono ricevere oltre i semplici *alimenti;* i figli naturali semplici, *se vi sono discendenti o ascendenti legittimi,* sono incapaci di ricevere per testamento più di quanto la legge attribuisce loro per successione legittima. Invece i genitori incestuosi e adulterini conservano rispetto ai loro figli piena capacità di succedere;

2) *dall' ufficio di tutela:* il tutore, che non sia *ascendente, discendente, fratello, sorella o coniuge del testatore,* non può mai trarre profitto dalle disposizioni testamentarie del suo amministrato, *fatte prima dell'approvazione del conto definitivo,* quantunque il testatore muoia dopo l'approvazione del conto (art. 769);

3) *dal disfavore delle seconde nozze:* il binubo non può lasciare al nuovo coniuge una porzione maggiore di quella, che abbia lasciato al meno favorito dei figli, nati dal precedente matrimonio o *legittimati* con esso (art. 770);

4) *da partecipazione all' atto testamentario:* le istituzioni e i legati a favore del notaio o di altro uffiziale civile, militare o consolare, che ha ricevuto il testamento *pubblico* (non già il *segreto*), o di uno dei testimoni intervenuti nel medesimo sono nulle. Sono parimente prive di effetto le istituzioni e i legati a favore della persona, che ha scritto il testamento *segreto,* salvo che la disposizione sia approvata di mano dello stesso testatore o nell' atto della consegna (art. 771, 772): *in ogni altra parte* il testamento rimane valido. Il nostro Codice non ammette l'incapacità dei confessori,

degli ufficiali di sanità, dei preposti alle carceri, ove il testatore trovasi detènuto ec., salvo le prove della *captazione.*

Le disposizioni testamentarie in favore d'incapaci sono nulle, ancorchè vengano simulate sotto la forma di un *contratto oneroso,* o sotto nome d'*interposta persona;* anzi per presunzione *iuris et de iure* vengono reputate persone interposte *il padre, la madre, i discendenti e il coniuge* dell'incapace (art. 773).

§ 106. — Della forma dei testamenti.

A) *Testamenti ordinari.* — Il nostro Codice ammette due forme di testamenti ordinari: l'*olografo* e quello *per mano del notaio* (pubblico o segreto) (art. 774).

1) Il testamento *olografo* richiede *tre* soli requisiti: dev'essere *scritto per intero, datato* coll'indicazione del giorno, del mese e dell'anno, e *sottoscritto di mano del testatore* (art. 775). Non monta la qualità della materia, *su cui e con cui* si scriva, nè la *lingua* adoperata dal testatore.

2) Il testamento *pubblico* è ricevuto da *un notaio* in presenza di *quattro testimoni* o da *due notai* in presenza di *due testimoni.* Esso abbisogna delle cinque formalità seguenti: la *dichiarazione di volontà* fatta dal testatore al notaio, *in presenza* di testimoni; la *riduzione della volontà* testamentaria in iscritto, *per cura* del notaio, presenti o no il testatore e i testimoni (art. 778); la *lettura del testamento* fatta dal notaio al testatore *in presenza dei testimoni;* la *menzione espressa* dell'adempimento di tali formalità; la *sottoscrizione* del testatore, dei testimoni e del notaio (art. 780). Se il testatore non sa o non può *sottoscrivere,* deve dichiarare la causa che glielo impedisce; e il notaio deve far menzione di questa dichiarazione

(art. 779): se il testatore è *privo interamente dell'udito*, deve *egli stesso leggere* l'atto testamentario, e di tale lettura sarà fatta menzione nell'atto medesimo: se il testatore è anche *incapace di leggere*, l'atto deve essere ricevuto da *un notaio* in presenza di *cinque testimoni*, o da *due notai* in presenza di *tre testimoni* (art. 787): il *sordomuto* e il *muto* non possono fare testamento *pubblico*, poichè non sono in grado di manifestare a parole la loro volontà (art. 786). Nel testamento pubblico non si richiede l'*unità di contesto*.

3) Il testamento *segreto* o *mistico* consta di due parti *distinte:* la *scheda testamentaria* e l'*atto di sovrapposizione*. Esso richiede le *sei* formalità seguenti: che sia *scritto* e *sottoscritto in fine* dal testatore, oppure *scritto* da un terzo, ma *sottoscritto* dal testatore in *ciascun mezzo foglio;* che, prima, o nell'atto della consegna la scheda *testamentaria*, o quella, che le serve d'involto, sia *sigillata* con *impronta qualunque*, e con *quel numero di suggelli che è necessario*, perchè non si possa aprire, nè estrarre senza rottura, nè alterazione; che la scheda sia presentata *dal testatore* al notaio *in presenza di quattro testimoni*, con dichiarazione che in essa si contiene il testamento di lui; che sulla carta in cui è *scritto* o *involto* il testamento si scriva *per cura* del notaio l'*atto di ricevimento*. in cui s'indicheranno il fatto della consegna, la dichiarazione del testatore, il numero e l'impronta dei suggelli, e l'assistenza dei testimoni a tutte le formalità suddette; che l'atto sia sottoscritto dal testatore, dai testimoni e dal notaio (art. 782, 783, 784): pel testamento segreto si richiede l'*unità di contesto*. Coloro che non sanno o non possono *leggere* non possono fare testamento *segreto* (art. 785, 786).

Requisiti comuni alle due forme di testamento pubblico. — I testimoni ne' testamenti devono essere mag-

giori degli anni ventuno, cittadini del Regno o stranieri qui residenti, e non aver perduto *per condanna* il godimento o l'esercizio dei diritti *civili*. Non sono testimoni idonei i *praticanti* e gli *amanuensi* del notaio, che ha ricevuto il testamento: ogni altra persona, compresi i parenti e gli affini, i domestici del testatore, dell'erede, del legatario e del notaio, il marito e l'esecutore testamentario, può validamente fungere da testimone (art. 788). Il notaio è responsabile della capacità dei testimoni *scelti da lui*, e della *negligenza* nel riconoscere l'incapacità degli altri, e nell'ignorare le altre formalità testamentarie stabilite a pena di *nullità*.

I testamenti offrono un esempio notevole di *conversione* degli atti giuridici: poichè se un testamento segreto ricevuto da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato a riceverlo non potesse valere come tale, varrà come testamento *olografo*, qualora ne abbia i requisiti (art. 804).

B) *Testamenti speciali*. — Il nostro Codice ne ammette soltanto tre:

1) Il testamento fatto nei luoghi, dove domini peste o altra malattia *reputata* contagiosa, può essere ricevuto in iscritto da un notaio o dal giudice (*pretore o conciliatore*), o dal sindaco o da chi ne fa le veci, o dal ministro del culto (*cattolico o acattolico*), in presenza di *due* testimoni. Il suddetto testamento diverrà nullo (caduco) *sei mesi* dopo che abbia cessato di dominare la malattia nel luogo, in cui trovasi il testatore, ovvero *sei mesi* dopo che egli siasi trasferito in luogo immune dalla malattia (art. 789, 790).

2) Il testamento, fatto *sul mare durante il viaggio*, sarà ricevuto a bordo dei vascelli della marina *militare* dall'ufficiale comandante e *insieme* dal commissario di marina; a bordo dei bastimenti *di commercio* dal secondo e *insieme* dal capitano o padrone in

presenza di *due* testimoni: in mancanza dei suddetti ufficiali autorizzati a ricevere il testamento, saranno chiamati coloro che ne fanno le veci. Il testamento suddetto si farà sempre in *doppio originale;* esso non avrà effetto, se non quando il testatore muoia sul mare o entro *tre* mesi, dopo che sarà disceso in un luogo, in cui avrebbe potuto fare un nuovo testamento nelle forme *ordinarie* (art. 791 a 798).

3) Il testamento dei *militari* e delle persone *impiegate* presso l'esercito *in tempo di guerra,* nell'interno del Regno o all'estero, può essere ricevuto da un *maggiore* o da qualunque altro ufficiale di grado eguale o superiore, o da un intendente militare o commissario di guerra, in presenza di *due* testimoni. Il testamento dei militari, appartenenti a corpi o posti staccati dall'esercito, può anche essere ricevuto da un *capitano* o da altro ufficiale subalterno, *che ne abbia il comando.* Se il testatore è ammalato o ferito, il testamento può anche essere ricevuto dall'*ufficiale sanitario di servizio* in presenza di *due* testimoni. Il testamento militare è caducato *tre mesi dopo* il ritorno del testatore in un luogo, ove possa far testamento nelle forme ordinarie (art. 799 a 803).

Oltre le differenze su avvertite fra i testamenti *ordinari* e gli *speciali,* si noti che in questi ultimi bastano sempre *due testimoni,* nè è necessario che essi sappiano sottoscrivere; basta, che della ragione della mancata sottoscrizione si faccia menzione nell'atto testamentario. La sola qualità richiesta nei testimoni è qui la *maggiore età;* anzi nei testamenti fatti in luoghi, dove domini una malattia reputata contagiosa, sono testimoni idonei anche i maggiori di *sedici* anni (art. 789, 791, 799).

§ 107. — Della porzione legittima (indisponibile, riserva).

La storia della porzione legittima è intimamente connessa coll' antica *comproprietà familiare,* colla *patria potestà* e colla nozione del *dominio.* A noi basti notare, che per diritto italiano essa non è *pars bonorum,* ma *quota di eredità;* donde segue che i legittimari sono *eredi,* debbono contribuire al pagamento dei debiti, in proporzione della loro quota (art. 1027), non possono rinunziare all' eredità e ritenere tuttavia la legittima: hanno diritto a conseguirla in piena proprietà (art. 808) e in *natura,* senza alcun *peso* o *condizione,* che la diminuisca o ne differisca la soddisfazione.[1] La legittima è riservata soltanto ai *discendenti e agli ascendenti legittimi;* però diritti d'indole *analoga* sono attribuiti per legge anche al *coniuge superstite* e ai *figli naturali.* I *fratelli* non hanno alcun diritto di riserva: essi non sono preferiti neppure alle *persone turpi.* La legittima è stabilita in una misura *fissa,* qualunque sia il numero dei legittimari che vi abbiano diritto: e poichè è data dalla legge, al testatore è negata la facoltà di *diseredare* i riservatari. L' *indegnità* supplisce nel diritto moderno all'istituto della diseredazione: non è ammessa neppure l'*exheredatio bona mente facta.*

Legittima dei figli. — Se il testatore morendo lascia figli, non può disporre liberamente, che della *metà* dei suoi beni: l'altra *metà* è riservata a vantaggio dei figli, e forma la loro porzione legittima (art. 805). Sotto nome

[1] Tuttavia è valida la disposizione di chi, lasciando al legittimario più della riserva, gl'imponga l'adempimento di una condizione o di un peso, a patto che se non voglia adempirli, debba stare contento della riserva (art. 810). Ciò costituisce la *cautela Sociniana.*

di *figli* sono compresi i figli legittimi, i legittimati *per susseguente matrimonio o per decreto reale*, gli adottivi e i *loro discendenti:* concorrendo discendenti di diverso grado, la divisione si fa *per stirpi* (art. 806, 730, 733).

Legittima degli ascendenti. — Se il testatore non lascia *nè figli, nè discendenti*, ma ascendenti, non può disporre che dei *due terzi* dei beni: l'altro *terzo* spetta al padre e alla madre in parti eguali, e in *mancanza* di uno di essi, per premorienza, incapacità o rinunzia, spetta *interamente* all'altro. Non lasciando il testatore nè padre, nè madre, ma *ascendenti* nella linea paterna e materna, la porzione legittima spetta per *metà* agli uni e per *metà* agli altri, ove siano *in grado eguale* (esempio *avo materno* e *ava paterna*); ove siano *in grado ineguale* (esempio *avo paterno* e *bisava materna*) spetta *per intero* ai *prossimi* dell'una o dell'altra linea (art. 807). Fra gli ascendenti aventi diritto a riserva si annoverano soltanto i *legittimi*, non gli *adottivi*, nè i *naturali*, se pure questi ultimi avessero riconosciuto il *de cuius*.

Diritti del coniuge.[1] — Il coniuge, contro cui non esista sentenza di separazione persònale *passata in giudicato*, nelle successioni *testamentarie* ha diritto a una quota di *usufrutto*, proporzionata alla *prossimità* dei congiunti, coi quali concorre. Quindi: *a*) concorrendo con figli legittimi, legittimati o adottivi, consegue una porzione di usufrutto, eguale a quella, che *spetterebbe* in proprietà a ciascun figlio a titolo di legittima, *compreso nel numero dei figli anche il coniuge;*[2] *b*) se il testatore non lascia discendenti, ma

---

[1] È assai controverso, se il coniuge superstite, usufruttuario, abbia no la qualità di erede: parmi preferibile l'opinione negativa.

[2] Esempio: concorrendo il coniuge con tre figli, l'*usufrutto* spettante a lui sarà di $^1/_4$ della legittima, cioè di $^1/_8$ dell'eredità: con-

ascendenti, *qualunque ne sia il numero,* l'usufrutto spettante al coniuge è del *quarto* dell'eredità (art. 813); *c*) se il testatore non lascia discendenti, nè ascendenti aventi diritto a legittima, l'usufrutto spettante al coniuge è il *terzo* dell'eredità.[1]

Diritti dei figli naturali. — A differenza del coniuge superstite, i figli naturali hanno diritto a una quota *in proprietà.* 1) Concorrendo figli o ascendenti legittimi e figli naturali, legalmente riconosciuti, questi ultimi hanno diritto alla *metà* della quota, che loro *sarebbe* spettata se fossero stati legittimi (art. 815). 2) Quando non vi sono discendenti, nè ascendenti legittimi, i figli naturali hanno diritto a *due terzi* della quota, che loro *sarebbe* spettata, se fossero legittimi (art. 816). I discendenti *legittimi* del figlio naturale *premorto* possono reclamare i diritti stabiliti in favore di lui (art. 817). La porzione dovuta al *coniuge e ai figli naturali* non porta diminuzione della legittima spettante ai figli o agli ascendenti, e forma quindi una *detrazione della quota disponibile* (art. 818). Così il coniuge superstite, come il figlio naturale, per le quote di usufrutto o di proprietà rispettivamente loro attribuite, godono degli stessi diritti e delle stesse guarentie, di cui godono i legittimari: di conseguenza la loro quota non può essere gravata di pesi, nè di condizioni, e a reintegrarla è data anche ad essi l'*azione di riduzione.* Ma sì il

---

correndo con 10 figli avrà $^1/_{11}$ della legittima, cioè $^1/_{22}$ dell'eredità; quindi la porzione disponibile è in ragione *diretta* del numero dei figli (art. 818).

[1] In ogni caso però è in facoltà degli *eredi, chiunque essi siano,* di soddisfare alle ragioni del coniuge o mediante l'assicurazione di una rendita vitalizia, o mediante l'assegno dei frutti di beni immobili o di capitali ereditari da determinarsi d'accordo, o altrimenti dall'autorità giudiziaria, avuto riguardo alle circostanze. Ma fino a che il coniuge non sia soddisfatto delle sue ragioni, conserva i suoi diritti di usufrutto su *tutti* i beni ereditari (art. 819).

coniuge come il figlio naturale, oltre quanto sia loro lasciato per testamento, devono imputare alle rispettive quote, il primo, tutto ciò che gli sia pervenuto per effetto delle convenzioni matrimoniali; il secondo, tutto ciò, che abbia ricevuto *in vita* dal genitore e che sia soggetto a imputazione, a norma delle disposizioni contenute nella sezione IV del capo III, titolo II.

§ 108. — Della riduzione delle donazioni e delle disposizioni testamentarie.

A garentia della riserva è data l'*azione di riduzione* degli atti di *liberalità*, siano *tra vivi*, siano *per disposizioni di ultima volontà*. Essa può intentarsi soltanto dopo la morte del testatore: in vita, per prevenire le profusioni di lui, non è dato ai legittimari altro rimedio, che la sentenza d'*inabilitazione* (art. 821). L'azione di riduzione compete ai riservatari e ai loro eredi e aventi causa, e ai creditori ereditari, i quali, in virtù dell'accettazione, divengono, anche essi, creditori *personali* dell'erede. Per determinare, se vi sia luogo a riduzione e per quale somma, si forma una massa di tutti i beni del testatore *al tempo della morte: quindi* si stimano e se ne detraggono *i debiti: da ultimo* si riuniscono fittiziamente i beni, di cui è stato disposto a titolo di *donazione*, quanto ai *mobili* secondo il loro valore *al tempo* delle donazioni, e quanto agl'*immobili* secondo il loro *stato* al tempo delle donazioni e il loro *valore* al tempo della morte; e sull'asse, *così formato*, si calcola quale sia la porzione, di cui il testatore poteva disporre, avuto riguardo alla qualità degli eredi riservatari (art. 822).

Se il valore delle *donazioni* eguaglia o eccede la quota disponibile, tutte le liberalità *testamentarie* sono meglio che *ridotte*, *annullate* (art. 823). Se invece le

disposizioni testamentarie *eccedono* soltanto la quota disponibile o la porzione di questa quota, che resterebbe, detratto il valore delle donazioni, la riduzione si fa *proporzionalmente, senza alcuna distinzione* fra gli eredi e i legatari (art. 824). Tuttavia, se il testatore ha dichiarato di volere, che una sua liberalità abbia effetto *a preferenza delle altre,* la disposizione preferita non può venir ridotta, se non quando il valore delle altre liberalità non sia sufficiente a compire la porzione legittima (art. 825). Al pari delle disposizioni *testamentarie,* possono essere ridotte per *lesa legittima* le donazioni di *qualunque natura, fatte per qualsiasi causa e in favore di qualunque persona:* però non si fa luogo alla riduzione se non dopo che sia esausto il valore dei beni, di cui fu disposto per liberalità testamentarie; e la riduzione non ha luogo *proporzionalmente* fra tutti i donatari, ma cominciando invece dall'*ultima* donazione, e così successivamente risalendo, se vi è d'uopo, alle anteriori; quelle fra queste, che al tempo in cui furono fatte non ancora ledevano la legittima, rimangono ferme (art. 1091, 1092, 1093, 1094).

La riduzione si fa *in natura* e sopra *ciascuna specie di beni,* giacchè la riserva è dovuta in *piena proprietà.* Se il legato o la donazione da ridursi ha per obbietto un *immobile,* la riduzione si fa colla *separazione* di una parte di esso, se la separazione possa aver luogo *sine damno* (art. 826). Se invece la separazione non possa farsi *comodamente,* e il legatario o donatario abbia nell'immobile un'eccedenza *maggiore del quarto della porzione disponibile,* deve rilasciare l'immobile *per intero,* salvo il diritto di conseguire il supero del valore compreso nella porzione disponibile: se l'eccedenza è *eguale o minore del quarto,* il legatario o donatario può ritenere *tutto* l'immobile, compensando *in denaro* i riservatari. Però il legatario o donatario, che

sia *un discendente o ascendente,* avente diritto alla legittima, può ritenere *tutto* l'immobile, sebbene vi abbia un' *eccedenza maggiore del quarto della porzione disponibile,* purchè il valore dell'immobile non superi l'importo della porzione disponibile e della quota, che gli spetta a titolo di riserva (art. 826).

L'azione di riduzione è *in rem scripta.* I beni, su i quali la riduzione è dovuta, possono essere *revindicati* anche in mano ai terzi detentori, nel *modo* e nell'*ordine stesso,* con cui potrebbe essere domandata la riduzione contro i donatari medesimi, e secondo l'*ordine di data delle alienazioni,* cominciando dall'*ultima:* però contro i terzi detentori l'azione non è ammissibile, se non *premessa l'escussione dei beni dei donatari* (art. 1096). Pel principio: *resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis,* gl'immobili da recuperarsi per effetto della riduzione saranno liberi da ogni debito o *ipoteca,* contratta dal donatario (art. 1095). La prescrizione dell'azione di riduzione comincia *a die natæ actionis,* cioè dal giorno dell'apertura della successione; e si compie in favore dei donatari col decorso di *trent'anni,* e in favore dei terzi possessori, *muniti di giusto titolo trascritto e buona fede* (§ 44) con soli *dieci anni.*

§ 109. — Delle persone e delle cose formanti obbietto delle disposizioni testamentarie.

1) Designazione delle persone. — Ogni disposizione fatta in favore di persona, che sia *incerta, in modo da non potere essere determinata,* è nulla: se invece la persona dell'erede o del legatario è stata soltanto *erroneamente indicata* (*falsa demonstratio*), la disposizione ha il suo effetto, se *dal contesto del testamento* o da altri documenti o fatti *costanti* risulti quale sia la

persona, che il testatore volle nominare (art. 830, 836). Salvo il caso che l'istituzione e il legato vengano impugnati come fatti per interposta persona, a favore d'incapaci di ricevere, non è ammessa *alcuna prova*, che le disposizioni fatte in favore della persona nominata nel testamento (*erede fiduciario*) siano soltanto *apparenti*, e che realmente riguardino altra persona (*erede vero*): la prova della *fiducia*, pei grandissimi pericoli che presenta e per le liti, cui dà luogo, non è ammessa, neanche quando vi siano indizi nel testamento stesso, i quali potessero far presumere la *fiducia*. Tuttavia è efficace, a operare la trasmissione dei beni, la spontanea *confessione* del fiduciario: egli così non adempie una mera obbligazione *naturale*, ma una propria obbligazione *civile*, cui la legge non ha negato l'*azione*, ma la *prova*; o, per dir meglio, non ammette altra prova che la *confessione*[1] (art. 829). — Sono nulle le disposizioni in favore dell'*anima* o per l'anima, espresse *genericamente*, senza determinazione dell'*uso* da farsi (art. 831): all'incontro è valida la disposizione, onde all'erede è imposto un certo *peso* di opere religiose o civili, o viene istituita erede una *persona religiosa*, tuttora riconosciuta dal nostro diritto pubblico. — Non può considerarsi come fatta in favore di persona *incerta*, quella in favore dei poveri, e altre simili espresse *genericamente*, senza che sia determinato l'uso, l'opera pia, o il pubblico istituto, in cui favore siano fatte: esse s'intendono fatte in favore dei poveri del luogo del domicilio del testatore al tempo di sua morte; e sono devolute all'*istituto locale di carità*, anche nel caso, che la persona incaricata di determinare il pio istituto, non possa o non voglia accettare l'incarico (art. 832). —

[1] GIANTURCO, *Delle fiducie nel diritto civile italiano*, seconda edizione; *passim*.

È nulla ogni disposizione fatta a favore di persona, la cui nomina sia rimessa *interamente e direttamente* (*arbitrio meræ voluntatis*) a un terzo: ma il *legato* a favore di persona da scegliersi da un terzo fra più altre, oppure appartenente a famiglie o corpi morali determinati dal testatore è valido: valido del pari è il *legato* a favore di uno dei corpi morali determinati dal testatore.

2) Obbietto della disposizione. — È nulla la disposizione diretta a istituire o dotare beneficii *semplici* (senza cura di anime), cappellanie *laicali* (i cui beni, a differenza di quelli dei beneficii, non sono *spiritualizzati* mercè l'*erezione in titolo*) e altre *simili* fondazioni[1] (art. 833). — È nulla del pari la disposizione che lascia *interamente* all'arbitrio dell'erede o di un terzo di determinare la *quantità* del legato; eccettuati i legati fatti a titolo di *rimunerazione* per servigi prestati al testatore nell'ultima malattia, il cui compenso egli non potette o non seppe determinare (art. 835). — Il legato (*delibatio hœreditatis a defuncto relicta, ab hœrede vel a legatario prœstanda*) può avere per obbietto tutto ciò che è in commercio e può tornare *utile* al legatario. Le più notevoli specie di legato sono: 1) *Legato di cosa altrui:* esso è nullo, salvochè *nel testamento stesso* sia *espresso,* che il testatore sapeva essere la cosa altrui: in questo caso è in *facoltà* dell'erede[2] o di acquistare la cosa legata per rimetterla al legatario, o di pagargliene il giusto prezzo. Se però

[1] Così il Codice civile provvide per l'avvenire a impedire la *manomorta*, siccome le leggi di soppressione delle corporazioni religiose e liquidazione dell'asse ecclesiastico (25 giugno 1866 e 15 agosto 1867) abolirono la *manomorta* costituita per lo addietro.

[2] Se la cosa legata è fuori commercio *rispetto al legatario,* pare, che, secondo il Codice italiano, l'erede non sia tenuto a pagargliene l'*œstimatio.* Vedi le mie *Istituzioni* (Sistema), pag. 77, n. 8.

la cosa legata, quantunque d'altri, al tempo della fazione del testamento, si trovasse in proprietà del testatore al tempo della morte di lui, il legato della medesima sarebbe valido, ritenendosi che il testatore l'avesse legata pel caso che l'acquistasse (art. 837). — 2) *Legato di cosa dell' erede o del legatario*, i quali, accettando l' eredità o il legato, sono validamente obbligati ad adempiere la liberalità del defunto verso il terzo: che se al testatore, all' erede o al legatario appartenga soltanto una *parte* della cosa legata o un diritto sulla medesima, il legato è valido soltanto relativamente a questa parte o a questo diritto, a meno che il disponente abbia *espresso nel testamento*, la cosa non essere tutta sua, dell' erede o del legatario (art. 838, 839). — 3) *Legato di cosa già propria del legatario*, al tempo in cui fu fatto il testamento. Sebbene il legatario se ne sia spogliato *prima* della morte del testatore per alienazione *posteriore*,[1] il legato è nullo per *larga* applicazione del principio: *quod proprium legatarii est, amplius eius fieri non potest:* se al momento in cui fu fatto il testamento, la cosa non era in proprietà del legatario, ma questi l' acquistò dipoi dal testatore o da altri, conviene distinguere, se l' acquisto seguì a titolo *gratuito* o *oneroso:* nel primo caso il legato è nullo pel principio: *duæ causæ lucrativæ in eumdem hominem et in eamdem rem concurrere non possunt:* nel secondo caso invece il legatario ha diritto all' *æstimatio*, tanto se abbia acquistato la cosa legata dal *testatore* (poichè una *tale* alienazione non viene riguardata *oggidì* come causa di *revocazione* del legato), quanto se l' abbia acquistata da un terzo; purchè il disponente abbia dichiarato nel

[1] Però la regola *catoniana: Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere nequit*, anche nel diritto romano non si applicava ai legati *condizionali:* « Sed si sub conditione legetur, poterit legatum valere, si existentis conditionis tempore, mea non sit. » (L. 41, § 2, Dig. *de leg.*, I.)

testamento, che sapeva la cosa legata essere altrui (art. 843). — 4) *Legato di cosa determinata soltanto nel genere*: se la cosa legata è *mobile*, il legato è *valido*, sebbene nessuna cosa di quel genere si trovi nel patrimonio del defunto al tempo della fazione del testamento e della morte del testatore: se invece la cosa legata è *immobile*, la disposizione è *nulla* (art. 840). — 5) *Legato di una cosa come propria*: se il testatore ha lasciato come *sua propria* una cosa *particolare* (individuo) o cadente sotto un certo *genere* o una certa *specie*, il legato non ha effetto, se la cosa non si trova nel patrimonio del testatore al tempo della sua morte; o ha effetto soltanto per la quantità, che vi si trova (art. 841). — 6) *Il legato di cose o quantità, indicate in relazione a un certo luogo*, ha effetto soltanto, se nel *certo luogo* indicato la cosa si trovi, e per la parte che vi si trovi (art. 842). — 7) *Legato del credito* (*legatum nominis*), che il testatore, l'erede o un legatario ha contro un terzo: il legato è valido, se al tempo della morte del testatore sussiste il credito, e per la parte non estinta: l'erede e il legatario non sono obbligati a garentire nè il *nomen verum*, nè il *nomen bonum*, ma soltanto a rimettere al legatario i *titoli di credito*, che si trovano nell'eredità o presso di essi (art. 844). — 8) *Legato di liberazione*: onde il legatario è liberato dal debito, che ha *tuttora* al tempo della morte contro il *de cuius*, o può costringere l'erede e il legatario a pagare il debito, che egli ha verso un terzo: il *legato di tutti i debiti* darebbe diritto soltanto alla liberazione dalle obbligazioni *sussistenti al tempo della morte del testatore*. — 9) *Legato del debito* (*legatum debiti*), onde il testatore riconosce il suo debito e rinunzia al beneficio del termine, o alla condizione apposta: in generale il *legatum debiti* deve arrecare al legatario creditore *un qualche vantaggio*: notisi, che

il legato fatto al creditore, senza far menzione del debito, non si presume fatto per pagare il debito (art. 845). — 10) *Legato di alimenti*: esso comprende il vitto, il vestito, l'abitazione e le altre cose necessarie *durante la vita del legatario*; e può estendersi, *secondo le circostanze*, anche all'*istruzione* conveniente alla sua condizione (art. 846). — 11) *Legato della proprietà di un immobile*: se il testatore l'ha accresciuto con *acquisti posteriori alla fazione del testamento*, questi, ancorchè contigui, non costituendo *accessioni*, non fanno parte del legato senza una nuova disposizione: invece ne fanno parte gli abbellimenti, le *nuove* fabbriche nell'immobile e le ampliazioni al circuito di un recinto (art. 847).

I legati nel diritto moderno possono attribuire al legatario la proprietà di cosa determinata (*legatum per vindicationem*) o un mero diritto di credito *quasi ex contractu* (*legatum per damnationem*): nel primo caso il legatario, oltre l'azione *personale* contro l'erede o il legatario gravato, può contro i terzi intentare la *revindicazione*.

3) Modalità della disposizione e relativi provvedimenti. — Pel principio *semel hæres, semper hæres*, si ha per non apposto a una disposizione *a titolo universale* il giorno, dal quale essa debba *cominciare o cessare*; all'incontro, per la virtù *retroattiva* della condizione, è valida la disposizione sotto condizione sospensiva o risolutiva (art. 848, 851).[1] Nelle disposizioni testamentarie, a differenza delle obbligazioni, le condizioni *impossibili* o *contrarie alla legge o al buon co-*

---

[1] Decidere, se trattisi di una condizione o di un *dies*, costituisce una *quæstio facti* (art. 854, L. 46, Dig. 36, 1). Notisi che ogni disposizione testamentaria fatta sotto una condizione *sospensiva* è priva di effetto, se la persona a cui favore è fatta, muore prima che siasi verificata la condizione (art. 853).

stume non *vitiant*, sibbene *vitiantur*.[1] È contraria alla legge la condizione, che impedisce tanto le prime che le ulteriori nozze: tuttavia il legatario di un usufrutto o uso, di un' abitazione o pensione o di altra prestazione periodica, pel caso o pel tempo del celibato o della vedovanza, non può goderne che durante il celibato o la vedovanza. Ha pure effetto la condizione di vedovanza[2] apposta in qualunque disposizione testamentaria, scritta da un coniuge a favore dell' altro (art. 850).

Se il testatore ha lasciato l' eredità o il legato con obbligo all' erede o al legatario di *non fare* o *non dare*, l' erede o il legatario, *che fin che è in vita potrebbe contravvenire alla condizione*, può tuttavia conseguire il possesso dei beni, purchè presti cauzione (*cautio Muciana*) a favore di quelli, cui l' eredità o il legato dovrebbe devolversi in caso d' inadempimento (art. 855). Se a taluno è lasciato un legato *sotto condizione* o *dopo un certo tempo*, chi è gravato del legato può essere costretto a dar cauzione al legatario (art. 856). Se l'erede fu istituito con condizione *sospensiva*, finchè questa non si verifichi o sia certo che non si possa più verificare, sarà dato all' eredità un *amministratore*: lo stesso ha luogo nel caso, in cui l' erede o il legatario non presti la *cauzione*. L'amministrazione sarà affidata al coerede o ai coeredi istituiti, quando tra essi e l' erede condi-

---

[1] Tuttavia la *conditio captatoria*, la quale tocca il contenuto stesso della volontà testamentaria, *vitiat* l' istituzione di erede e il legato (art. 852).

[2] Alla *conditio viduitatis* contravviene anche il coniuge superstite, che contrae *matrimonio religioso*: sebbene il Codice italiano non attribuisca alcun effetto *civile* al matrimonio religioso, pure, interpretando la *volontà* del testatore, è ben lecito ai magistrati dichiararla per tal modo violata. Invece il semplice concubinato non basterebbe a privare il coniuge superstite delle liberalità attribuitegli: la prova di esso è interdetta in questo caso per alte ragioni di moralità pubblica.

zionale possa aver luogo il *diritto di accrescimento:* se l'erede condizionale non abbia coeredi, o tra esso e i coeredi stessi non possa aver luogo il diritto di accrescimento, l'amministrazione verrà affidata al presunto erede legittimo, cui l'eredità sarebbe devoluta in caso di inadempimento della condizione, salvochè l'autorità giudiziaria *per giusti motivi* creda conveniente di provvedere altrimenti (art. 856, 857, 858). Lo stesso ha luogo nel caso, che sia chiamato a succedere un *non concepito,* figlio immediato di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore: ove sia chiamato un *concepito,* l'amministrazione spetta al padre e in mancanza alla madre (art. 860). Nei casi suddetti gli amministratori hanno gli stessi carichi e le stesse facoltà dei *curatori delle eredità giacenti* (art. 861).

§ 110. — Degli effetti dei legati e del loro pagamento.

Qualunque legato puro e semplice attribuisce al legatario *dal giorno della morte del testatore* un diritto *trasmissibile agli eredi,* di conseguire la cosa legata (art. 862). Però, mentre l'erede acquista il *possesso* dei beni ereditari *di diritto, senza bisogno di materiale apprensione,* il legatario deve *domandarlo* all'erede e operare effettivamente l'*adprehensio* della cosa legata (art. 863). La cosa legata sarà consegnata cogli *accessorii necessari,* e nello stato, *in cui si trova al tempo della morte del testatore:* le spese necessarie per la prestazione del legato sono a carico dell'*eredità* (articoli 877, 1250). Il legatario non può pretendere *i frutti o gl'interessi,* se non dal giorno della domanda giudiziale, o della promessa della prestazione del legato; ammenochè il testatore abbia *espressamente* ordinato il pagamento dei frutti e degl'interessi dal giorno della

sua morte, o il legato sia di un fondo, di un capitale o di altra cosa fruttifera, oppure di una *rendita vitalizia* (art. 864, 865, 866). Nel legato di una determinata quantità da soddisfarsi a termini *periodici*, come in ciascun anno, in ciascun mese o in altro tempo, ogni prestazione è *indipendente* dall' altra, di guisachè vi ha tanti legati, quante le prestazioni. Il legatario acquista il *diritto* a tutta la quantità dovuta pel termine in corso, ancorchè fosse in vita soltanto al *principio* di esso: il legato però non può *esigersi*, se non dopo scaduto il termine in corso, salvochè si tratti di legato di *alimenti*, che è *esigibile* anche a principio del termine (art. 867). Se la cosa legata è gravata di un canone, di una rendita fondiaria, di una servitù o di altro carico, *inerente al fondo*, il peso ne è sopportato dal legatario: se invece è vincolata per una rendita semplice, un censo o altro debito dell' eredità o anche di un terzo, l'*erede* è tenuto al pagamento delle annualità o degl' interessi e della somma principale, secondo la natura del debito, salvo soltanto l'esercizio dell'azione *ipotecaria* contro il legatario, o contraria disposizione del testatore (art. 878, 508, 509). — Se fra più eredi non è stato dal testatore imposto particolarmente a taluno l' obbligo di pagare il legato, ciascuno è tenuto a soddisfarlo in proporzione della propria quota. Se l' obbligo di pagare il legato è stato particolarmente imposto a taluno degli eredi, questi soltanto è tenuto a soddisfarlo: se è stata legata una cosa propria di un coerede, l' altro coerede o i coeredi sono tenuti a compensarlo del valore di essa con denari o con fondi ereditari, in proporzione della loro quota ereditaria, quando non costi di una contraria volontà del testatore (art. 868 e 869). Il *prelegato*, cioè il legato scritto in favore dell' erede, suppone necessariamente il concorso di più coeredi: *hœredi a semetipso legatum dari non potest* (L. 16, § 1, Dig. *de*

leg., 1; L. 34, § 11, h. t.; L. 116, § 1, h. t.; L. 34, § 12, h. t.); di conseguenza il prelegato profitta al beneficato in ragione *inversa* della sua quota ereditaria.

§ 111. — Delle sostituzioni.

La sostituzione è una disposizione testamentaria, mediante la quale taluno è chiamato a raccogliere un'eredità o un legato *in mancanza* di un altro (*sostituzione volgare o diretta*), o *dopo* di un altro (*sostituzione fedecommissaria o indiretta*).[1]

Sostituzione volgare. — Può all'erede istituito o al legatario sostituirsi un'altra persona, nel caso che alcuno di essi *non voglia o non possa* (per *premorienza, rinunzia, incapacità, inadempimento della condizione*) accettare l'eredità o il legato. Possono sostituirsi più persone a una sola, o una sola a più (art. 895, 896). Se tra più coeredi o legatari a parti *disuguali* è ordinata una sostituzione *reciproca o mutua,* la proporzione fissata nelle quote della prima disposizione si *presume* sino a prova contraria ripetuta anche nella sostituzione: se invece nella sostituzione, insieme coi primi nominati, è chiamata un'altra persona, la porzione vacante appartiene *in parti eguali* a tutti i sostituiti (art. 898). I sostituiti debbono adempire i pesi imposti agli istituiti, se non apparisca, che il testatore volle imporre quei pesi soltanto ai primi chiamati, oppure essi abbiano indole affatto *personale,* ad esempio, la condizione di prender moglie, dipingere un quadro, ec. (art. 897). Il sostituito, per quanto lontano di grado, succede direttamente al testatore, e non all'istituito anteriore: *substitutus substituto est substitutus instituto.*

---

[1] Bellavite, *Note,* pag. 326. Il nostro Codice non riconosce più nè la sostituzione *pupillare,* nè la *quasi-pupillare* o *esemplare,* le quali erano anche esse forme della sostituzione *diretta.*

SOSTITUZIONE FEDECOMMISSARIA. — Qualunque disposizione, colla quale l'erede o il legatario è gravato con qualsivoglia espressione di *conservare e restituire* l'eredità o il legato a una terza persona, è sostituzione fedecommissaria. E siccome per lunga istoria, essa si è dimostrata nociva alla libertà del commercio e alla concordia nelle famiglie, contraria al principio di egueglianza fra i figli (*maioraschi, primogeniture, seniorati*) e fonte di liti, il nostro Codice la vieta; nel senso che mentre sono nulle tutte le sostituzioni *anche di primo grado*, l'istituzione rimane ferma, e l'erede istituito acquista l'eredità o il legato, senza obbligo alcuno di *conservare per restituire* (art. 899, 900). — La sostituzione fedecommissaria *vietata* si distingue dalla *istituzione condizionale*, che invece è *valida*: infatti il fedecommesso presuppone: 1) una *disposizione doppia*, che importi quindi *successivamente* un *doppio trapasso della proprietà* dei beni (*ordo successivus*): non è fedecommesso la disposizione, onde a taluno è lasciato l'*usufrutto* e ad altri la *proprietà*; 2) il divieto all'erede *fiduciario* di alienare i beni, poichè egli ha l'obbligo di *conservarli per restituirli*; quindi non è vietato il *fideicommissum de eo, quod supererit*; 3) il fiduciario deve avere obbligo di restituire i beni, *dopo la sua morte*, non prima.

Poichè *inutiles essent proprietates semper abscedente usufructu*, e l'usufrutto *successivo* può avere i medesimi inconvenienti del fedecommesso, la disposizione, colla quale è lasciato l'usufrutto o altra annualità a più persone *successivamente*, ha effetto soltanto a favore dei *primi, chiamati* a goderne alla morte del testatore. Tuttavia non è vietato di stabilire *annualità* da convertirsi in *perpetuo o a tempo*, in soccorso all'indigenza, in premio alla virtù e al merito, o in altri oggetti di pubblica utilità, quantunque nella disposizione

siano chiamate persone di una data qualità o di determinate famiglie (art. 901, 902).[1]

§ 112. — Della rappresentazione nelle successioni testamentarie.

Per ragioni di evidente equità, il Codice italiano ha ammesso anche nelle successioni testamentarie il diritto di *rappresentazione.* Onde, per eccezione al principio che ogni disposizione testamentaria è senza effetto, se il chiamato è *premorto* al testatore o *incapace,* i *discendenti* dell' erede o del legatario premorto o inca pace sottentrano nell' eredità o nel legato, *nei casi, in cui sarebbe ammesso in loro favore il diritto di rappresentazione, se si trattasse di successione intestata,* eccettochè il testatore abbia *altrimenti* disposto ordinando abbiano luogo il diritto di accrescimento o la successione *ab intestato,* oppure si tratti di legato di uso, di usufrutto e di altro diritto di sua natura *personale.* Per tale rappresentazione i nipoti succedono allo *zio,* sebbene il padre loro gli sia premorto: invece i figli del *cugino premorto* non succedono al prozio per diritto di rappresentazione, poichè neanche nella successione *ab intestato* la rappresentazione è ammessa in favore dei discendenti dei cugini (art. 890).

§ 113. — Del diritto di accrescimento.

Per virtù del diritto di accrescimento, l' erede o il legatario consegue la porzione di eredità o di legato, che il coerede o collegatario chiamato *non volle o non potè* conseguire per *premorienza, incapacità, assenza, inadempimento della condizione sospensiva, o rinunzia*

---

[1] F. Filomusi-Guelfi, *L' usufrutto successivo nel* Foro italiano, 1881.

all'eredità o al legato. Esso ha luogo, se in *uno stesso testamento*, e con *una sola e stessa disposizione*, i coeredi siano stati *congiuntamente* chiamati, senza che il testatore abbia fatto tra essi distribuzione di parti (*coniuncti re et verbis*). La distribuzione di parti s'intende fatta, soltanto nel caso, in cui il testatore abbia espressamente indicata una *quota per ciascuno:* la semplice espressione *per eguali parti* o *in eguali porzioni* non esclude il diritto di accrescimento. Notisi, che a differenza degli *eredi*, fra i *collegatari* il diritto di accrescimento ha luogo, anche quando la stessa cosa sia stata *legata* a più persone nello stesso testamento, ma *con separata disposizione* (*coniuncti re tantum*) (articoli 880, 884).

Il diritto di accrescimento non si fonda, come nel diritto romano, sulla massima: *nemo pro parte testatus, et pro parte intestatus decedere potest*, per la quale la porzione del mancante, non potendo devolversi agli eredi legittimi, si devolveva *per necessità* al coerede: bensì sulla *presunta volontà del testatore*, il quale fra più *coniuncti* volle, che *solo concursu partes fiant*, e che *iure adcrescendi* la parte del mancante si accresca al coerede.

I coeredi e i collegatari, ai quali *iure adcrescendi* si devolve la porzione del mancante, sottentrano nei diritti e negli obblighi, a cui questi sarebbe stato sottoposto, anche a *loro insaputa* e *contro il loro volere* (*portio adcrescit portioni*): nè possono rinunziare alla porzione accresciuta e ritenere d'altra parte la propria (art. 944, 882).

Se non ha luogo il diritto di accrescimento, la porzione del mancante è devoluta agli eredi legittimi, i quali sottentrano *anche* essi nei diritti e negli *obblighi* dell'erede mancante (art. 885). Se non ha luogo il diritto di accrescimento fra i legatari, la porzione del man-

cante rimane a profitto dell' erede o del legatario *personalmente* gravato, o di tutti gli eredi e in *proporzione* delle loro quote ereditarie, quando ne sia gravata l'eredità (art. 886): gli obblighi, che incombevano al legatario mancante, passano all' erede o al legatario, in cui favore si *caduca* il legato (art. 887). Per l'indole *speciale* del legato di usufrutto, in via di *eccezione*, la porzione del collegatario mancante, *dopo l'accettazione del legato*, si accresce *tuttavia* ai superstiti, anzichè consolidarsi alla proprietà (art. 885).

Riassumendo: se il chiamato *rinunzi*, sia *incapace* o *premorto* al testatore, l'eredità o il legato è devoluto al *sostituito;* in mancanza di sostituzione, si fa luogo al diritto di *rappresentazione;* se questa non possa aver luogo, la parte del mancante si *accresce* ai *coniuncti;* e se non possa aver luogo neppure il diritto di accrescimento per mancanza delle condizioni volute dalla legge, la porzione del mancante si devolve per *successione legittima*.

§ 114. — Della revoca dei testamenti.

Il testamento può *ab origine* essere invalido, cioè *nullum* o *iniustum*, *inofficiosum*, *rescindibile* per errore, violenza o dolo: il testamento, *valido ab origine*, può divenire *irritum*, *destitutum seu desertum* (art. 891), ovvero *ruptum* in tutto o in parte per revoca *espressa* o *tacita* da parte del *testatore* o *presunta* dalla *legge*.

Revoca presunta. — La revoca *di diritto* delle istituzioni e dei legati ha luogo, quando concorrano le seguenti condizioni: 1) che il testatore al tempo del testamento *non abbia* o *ignori* di avere figli o discendenti: quindi, salvo l' azione di riduzione, la revoca non ha luogo, se al momento della testamentifazione, il testatore abbia e sappia di avere anche un solo figlio o discen-

dente; 2) che, contrariamente al pensiero del testatore, egli abbia al momento della testamentifazione, o gli sopravvenga (*postumo*) un figlio o discendente *legittimo o legittimato, o adottivo,* sebbene il figlio legittimato fosse stato già *riconosciuto* dal testatore prima del testamento, e il figlio legittimo fosse stato già *concepito* al tempo del testamento (*conceptus pro nato non habetur, quoties de eius damno agatur*); 3) che i suddetti figli o discendenti *sopravvivano* al testatore; 4) che il testatore non abbia provveduto con apposite disposizioni in loro favore, nel caso che esistessero o sopravvenissero figli o discendenti: se egli invece avesse provveduto al caso della sopravvegnenza, dichiarando di volerli diseredare, essi potrebbero soltanto coll' *azione di riduzione* impugnare il testamento, come *inofficioso* (articoli 888, 889).

Revoca espressa, la quale consiste nella *solenne* dichiarazione fatta dal testatore *personalmente,* in un testamento o in un atto ricevuto da notaio in presenza di quattro testimoni, di revocare in tutto o in parte, *pure* o *sub conditione,* il testamento anteriore (art. 917). Ogni limite alla libertà di revocare il testamento anteriore è inefficace: la *clausola derogatoria,* con cui il testatore dichiari, che qualunque testamento posteriore non valga, se non sia munito di un determinato segno, contraddice ai principii: *nemo sibi eam potest legem dicere, ut a priore (voluntate) ei recedere non liceat: ea quœ postea geruntur prioribus derogant* (L. 22, pr. Dig. *De leg.* 3; L. 6, § 2, Dig. 29, 7). — Le disposizioni revocate espressamente non possono rivivere con la semplice ritrattazione della revoca, ma *soltanto mercè un nuovo testamento* (art. 919).

Revoca tacita. — 1) In virtù del testamento posteriore sono annullate quelle disposizioni, che siano *contrarie alle nuove, o incompatibili con esse,* rimanendo

tuttavia *ferme le altre*. Basta a produrre la revoca un testamento *iure factum e non rescindibile*, quando anche esso resti *destitutum* o *ruptum;* poichè anche in tali casi è certo, che il testatore mutò la prima volontà (art. 918, 921); 2) la revoca ha luogo inoltre, quando il testatore ritira dal notaio il testamento *segreto* o il testamento *olografo*, che per avventura abbia depositato, purchè in seguito *distrugga* quest'ultimo (art. 922; L. 4, Dig. 28, 4); 3) quando il testatore *istesso* distrugga, laceri, cancelli il suo testamento *olografo*. Se furono cancellate soltanto alcune disposizioni, le altre rimangono ferme, purchè siano intatte la data e la sottoscrizione; se il testamento olografo fu scritto in *più originali*, esso non è revocato, finchè tutti gli originali non siano stati distrutti *dal testatore* (L. 4, Dig. 28, 4). Il legato è *tacitamente revocato:* 1) se il testatore alieni in tutto o in parte la cosa legata, anche mediante vendita con patto di riscatto, ancorchè l'alienazione sia nulla o la cosa ritorni in possesso del testatore (*ademptio legati*); 2) se il testatore ha trasformata la cosa legata in un'altra, in guisa che quella abbia perduta la precedente *forma*, e la prima *denominazione*, come se dalla lana legata abbia formato delle vesti.

§ 115. — Del deposito dei testamenti olografi, e dell' apertura e pubblicazione dei segreti.

I testamenti *pubblici* e *segreti* sono allegati ai *protocolli*, e annotati nei *repertorii* del notaio. I testamenti *olografi* si *possono* o ritenere dal testatore presso di sè o confidare ad altri, o depositare presso il notaio: questa maggiore larghezza era richiesta per non inceppare la testamentifazione. Per evitare la *sostituzione*,

la *soppressione* e la *falsificazione* dei testamenti, segreti o olografi, e per regolarne l'*esecuzione* sono dettate apposite norme negli art. 912 a 915.

§ 116. — Degli esecutori testamentari.

L'esecutore testamentario, cui è commessa l'esecuzione del testamento, è un *mandatario*, e in tale qualità, di regola, non ha diritto a *compenso*, nè trasferisce i suoi diritti e i suoi doveri agli eredi (art. 909, 1757). Pure, a differenza del mandato ordinario, che finisce colla morte, questo *comincia* dopo la morte. Il defunto *per modum custodiæ* può, *per non oltre un anno*, concedere all'esecutore testamentario il possesso dei *mobili*, i quali potrebbero essere trafugati; ma non degl'*immobili*, rispetto ai quali tale pericolo non sussiste. Il possesso dei mobili cessa coll'offerta da parte dell'erede di una somma di denaro, bastante al pagamento dei legati di beni mobili, o colla prova di averli soddisfatti, oppure colla prestazione di una cauzione sufficiente all'uopo (art. 906, 907). — L'esecutore deve fare inventario e rendere conto della sua amministrazione (art. 908). — Se il testatore ha nominato *più esecutori testamentari*, senza dividerne le funzioni, oppure, se non ostante la divisione delle funzioni, ciascuno di essi non siasi ristretto a quelle attribuitegli, tutti sono tenuti *in solido a rendere conto* dei mobili loro affidati (art. 910). Le spese fatte dall'esecutore testamentario per l'inventario e per il rendimento dei conti, e le altre *indispensabili* per l'esercizio delle sue funzioni sono a carico dell'eredità.

DISPOSIZIONI COMUNI ALLE SUCCESSIONI LEGITTIME E TESTAMENTARIE.

§ 117. — Dell'apertura delle successioni. — Dell'accettazione pura e semplice, o con beneficio d'inventario.

La successione si apre al *momento* della morte del *de cuius* (*viventis nulla hæreditas*), nel *luogo* dell'*ultimo domicilio* di lui (art. 923). Di regola la *delatio hæreditatis* (*delata hæreditas intelligitur, quando quis posset adeundo consequi*) ha luogo nel momento stesso della morte del testatore. Il chiamato, quando muoia *prima di averla accettata, trasmette* ai suoi eredi il diritto di accettarla (art. 939):[1] tuttavia se l'istituzione è sottoposta a condizione *sospensiva*, la *delatio* non ha luogo, che al momemto dell'adempimento; onde se il chiamato muore *prima dell'adempimento della condizione*, la disposizione testamentaria è *priva di effetto* (art. 853).

Il trapasso dei diritti ereditari non ha luogo *contro la volontà* dell'erede, poichè oggidì non ci sono eredi *necessari: non è erede chi non vuole;* però il trapasso ha luogo, anche all'*insaputa* dell'erede, cui si trasmette perfino il *possesso* dei beni del defunto, *senza bisogno di materiale apprensione: le mort saisit le vif.* Di qui

[1] Se gli eredi del trasmittente non sono fra loro d'accordo nell'accettare o rinunziare all'eredità, chi accetta fra essi acquista tutti i diritti e soggiace a tutti i pesi, rimanendovi estraneo il coerede rinunziante. Gli eredi, che hanno accettato l'eredità propria del trasmittente, possono tuttavia rinunziare all'eredità al medesimo devoluta, ma non ancora da lui accettata: all'opposto la rinunzia all'eredità propria del trasmittente include quella dell'eredità al medesimo devoluta (art. 940, 941).

segue: 1) che non occorre *impetrare dal giudice* l'immissione nel possesso legale;[1] 2) se altri pretenda aver diritto sui beni ereditari, e ne prenda possesso, gli eredi si hanno per *ispogliati di fatto,* e possono esercitare le azioni tutte, che competono ai possessori legittimi (art. 926); 3) anche prima d'impossessarsi dell'eredità, gli eredi possono intentare le azioni possessorie, che poteva muovere il loro autore.

L'accettazione, in qualunque tempo abbia luogo, ha forza *retroattiva* sino al giorno dell'apertura della successione: nondimeno è inammissibile l'azione di nullità, che il *vero erede* promuova contro il *terzo,* il quale *in buona fede e a titolo oneroso* abbia anteriormente contrattato coll'*erede apparente* (art. 933). L'accettazione nel diritto moderno tende a *rifermare* la qualità di erede, e propriamente a privare il chiamato del diritto di rinunziarvi: essa è un *actus legitimus,* che non può essere assoggettato a termini, nè a condizioni, ma può validamente compiersi da un mandatario. L'accettazione è: 1) *espressa,* se il chiamato assume il titolo e la qualità di erede in un *atto pubblico* o in una *scrittura privata* (art. 934); 2) *tacita* (*pro hærede gestio*), quando l'erede fa un atto, che presuppone *necessariamente* la sua volontà di accettare l'eredità, e che non avrebbe *diritto* di fare, se non nella qualità di erede: non sono tali gli atti meramente *conservativi,* di *vigilanza,* di *amministrazione temporanea* o *urgenti* (art. 934, 935, 936, 937, 938); 3) *finta dalla legge,* se l'erede ha *dolosamente* sottratti o nascosti *effetti mobili* ereditari (art. 953); se *scientemente* e con *mala fede* ha omesso di descrivere nell'inventario qualche

[1] Però i *figli naturali,* in concorso dei figli *legittimi,* debbono domandare *a questi* il possesso della propria quota (art. 927); del pari i *legatari* debbono domandare agli eredi il possesso della cosa legata (art. 863).

effetto ereditario (art. 967); se, trovandosi nel *possesso reale* dei beni ereditari, ha lasciati trascorrere *tre mesi* dall'apertura della successione, senza conformarsi alle disposizioni circa il beneficio d'inventario, ancorchè opponesse di possedere i beni *ad altro titolo* (art. 952). L'accettazione, *espressa* o *tacita*, non può essere fatta se non da chi è capace di obbligarsi: a garentia degl'*incapaci* e dei *corpi morali* l'accettazione ha sempre luogo col beneficio d'inventario; per questi ultimi si richiede inoltre l'assenso governativo, a fine d'impedire il risorgere della *manomorta* (art. 930, 931, 932).

La qualità di erede assunta coll'accettazione, è *indivisibile* (*nemo pro parte hœres*), e *irrevocabile* (*semel hœres, semper hœres*). Di conseguenza chi ha accettato puramente e semplicemente non può dipoi accettare col beneficio d'inventario, e tanto meno ripudiare l'eredità, o impugnare l'accettazione per *lesione*, quando anche vengano a scovrirsi posteriormente *debiti*, dei quali al tempo dell'accettazione non si aveva notizia. Tuttavia, se venga a scoprirsi *un testamento, del quale non si aveva notizia al tempo dell'accettazione*, l'erede non è tenuto a soddisfare i *legati* scritti in esso, *ultra vires hœreditarias*; e salva, in ogni caso, la *legittima* che gli sia dovuta (art. 942). L'accettazione può inoltre essere impugnata per *violenza* o per *dolo*.

Per effetto dell'accettazione *pura e semplice:* 1) ha luogo la *confusio*, che estingue i crediti dell'erede contro l'eredità e dell'eredità contro l'erede; 2) l'erede è *personalmente* obbligato verso i creditori del defunto, anche *ultra vires hœreditarias* (art. 968, 1027, 1029); 3) è obbligato a soddisfare i *legati*, qualunque sia il loro ammontare (arg. art. 968, 969); 4) perde il diritto di far ridurre per lesa legittima le donazioni fatte ad *estranei*, pur conservando il diritto di far ridurre le donazioni e i legati fatti ai suoi coeredi (arg. art. 972).

Per evitare la *confusio hæreditaria* e i suoi effetti, l'erede può accettare col *beneficio dell' inventario,* non ostante qualunque divieto del testatore (art. 956, 958). All'uopo l'erede deve *entro certi termini* fare nella cancelleria della Pretura del mandamento, dove si è aperta la successione, la dichiarazione di accettare l'eredità con beneficio d'inventario, e compirlo *entro i termini:* altrimenti vien reputato erede *puro e semplice* (art. 955, 957, 959, 960, 961, 962, 963). Durante i termini per fare l'inventario e per deliberare (*spatium deliberandi*), l'erede è *curatore di diritto* dei beni ereditari: in tale qualità può essere chiamato in giudizio per rappresentare l'eredità e contraddire alle istanze proposte contro di essa: ma, ove non compaia, l'eredità non sarà reputata *contumace,* ma verrà nominato dall' autorità giudiziaria un *curatore,* che la rappresenti in tale giudizio (art. 964). Egli non può *mai* vendere i beni *immobili ereditari,* senza l'*autorizzazione giudiziale:* può, senza di questa, vendere i *mobili* dopo *cinque anni* dalla dichiarazione di accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario (art. 973, 974, Cod. civ.; 875 a 881, Proc. civ.). L'erede con beneficio d'inventario deve rendere conto ai creditori e ai legatari: e se, *posto in mora,* trascuri tuttavia di renderlo, può essere costretto al pagamento *coi beni propri* (art. 969). Deve inoltre, su richiesta degl'interessati, prestare idonee cautele pel valore dei *mobili,* pei frutti degl'immobili e pel prezzo dei medesimi, che potesse sopravanzare al pagamento dei creditori ipotecari (art. 975). Cessando la *confusio hæreditaria,* l'erede con beneficio d'inventario conserva intatti i suoi diritti contro l'eredità, siccome d'altra parte è obbligato a pagare i suoi debiti verso il *de cuius:* non è obbligato a pagare i debiti e i legati, oltre il valore dei beni *pervenutigli:* può far ridurre le donazioni e i legati fatti ad *estranei*

per lesa legittima; più liberarsi col *cedere tutti* i beni dell' eredità ai creditori e ai legatari, perchè essi ne curino la vendita, e la liquidazione, coll'obbligo di versare il supero al cedente, *non ispogliato della qualità di erede* (art. 968, 972): la prescrizione non corre fra l'erede e l'eredità accettata con beneficio d'inventario (art. 2119).

L'erede con beneficio d'inventario deve *prima* soddisfare i creditori ipotecarii e i privilegiati, secondo l'ordine della loro prelazione: quindi i chirografari e i legatari, *qui primi veniunt,* tranne che vi siano opposizioni, nel qual caso deve pagare, secondo l'ordine e il modo che sarà determinato dall'*autorità giudiziaria.* I creditori *non opponenti,* che si presentino dopochè è già esausto l'asse ereditario, hanno regresso non contro i creditori soddisfatti, *qui suum receperunt,* ma contro i legatari, *qui certant de lucro captando;* l'azione contro i legatari si prescrive però in *tre anni* dal giorno dell' ultimo pagamento (art. 976, 977).

L'erede, *che non sia un incapace o un corpo morale,* decade dal beneficio d'inventario, divenendo erede *puro* e semplice, nei casi suindicati previsti dagli art. 967 e 953, oppure se venda i beni ereditari senza osservare le forme e cautele prescritte (art. 973, 974).

§ 118. — **Della rinunzia all' eredità.**

La rinunzia all'eredità è una dichiarazione *espressa, solenne* e *assoluta* di rifiutare l'eredità: *espressa,* perchè *di regola* (salvo l'art. 951) non può essere *tacita,* e molto meno *presunta; solenne,* perchè la volontà di ripudiare dev' essere manifestata con apposita dichiarazione innanzi al cancelliere della pretura (art. 944); *assoluta,* perchè non può subordinarsi a termini nè condizioni, nè può limitarsi a una parte soltanto dell'ere-

dità (art. 941, 945, 951). Però la rinunzia, sebbene *assoluta*, non è sempre *definitiva;* infatti: 1) sino a quando il diritto di accettare l'eredità non sia prescritto contro gli eredi che vi hanno rinunziato, questi possono ancora accettarla, quando non sia stata già accettata da altri eredi; senza pregiudizio però delle ragioni acquistate dai terzi sopra i beni dell'eredità, tanto in forza della usucapione, quanto di atti validamente fatti col curatore dell'eredità giacente (art. 950); 2) si può *annullare* la rinunzia per violenza o dolo; 3) si può *revocare* ad istanza e *in favore dei creditori* del rinunziante, se la rinunzia sia stata fatta *in frode* delle loro ragioni (art. 949): eguale diritto hanno i creditori del legatario, che abbia rinunziato al legato *fraudolentemente.*

Chi rinunzia all'eredità è considerato, come se non vi fosse stato mai chiamato: la rinunzia però non lo esclude dal diritto di chiedere i *legati* a lui fatti (art. 945). Nelle successioni *legittime* la parte di colui, che rinunzia, si accresce ai suoi coeredi: se è solo, la successione si devolve al grado susseguente. Nessuno succede rappresentando un erede, che abbia rinunziato; se il rinunziante è il solo erede nel suo grado, o se tutti i coeredi rinunziano, sottentrano i figli *per diritto proprio* e succedono per *capi* (art. 946, 947). Nelle successioni testamentarie la parte del rinunziante si devolve ai sostituiti, ai coeredi o agli eredi legittimi, come è stabilito dagli art. 880, 883 (art. 948).

§ 119. — Dell' eredità giacente.[1]

Quando l'erede *non sia noto,* o gli eredi testamentari e legittimi *abbiano rinunziato,* l'eredità si reputa

[1] Coll'eredità *giacente* non bisogna confondere l'eredità *vacante:* il Fabro diceva: « Iacens hæreditas dicitur, quæ hæredem nondum habet, sed habere sperat; vacans vero quæ nec habet, nec sperat; » quest'ultima soltanto è devoluta allo Stato (art. 758).

giacente, e si provvede all'amministrazione e conservazione dei beni ereditari per mezzo di un curatore, nominato dal pretore, e che ha *in generale* i medesimi diritti e doveri dell'*erede beneficiato* (art. 980, 981, 982, 983).

§ 120. — Della collazione e imputazione.[1]

La collazione consiste nella restituzione, che il *discendente coerede* fa alla massa ereditaria in favore dei fratelli, delle sorelle o dei loro discendenti, di tutto ciò, che egli ha ricevuto dal defunto *ascendente comune*, a titolo di donazione *diretta* o *indiretta*. Essa si fonda sulla *presunta volontà* dell'*ascendente* defunto, che non abbia voluto alterare la naturale eguaglianza, beneficando con donazioni alcuni fra i suoi discendenti a danno degli altri; bensì beneficarli in vita a solo titolo di *anticipata successione*. La collazione di conseguenza ha luogo *soltanto* in favore di *coeredi discendenti* e non mai dei coeredi estranei, dei legatari e dei creditori ereditari; ai quali non giova neppure la collazione ottenuta da chi vi abbia diritto. Essa segue unicamente nelle successioni *ascendentali*, legittime o testamentarie: gli *ascendenti* e i *collaterali* coeredi non sono obbligati alla collazione (art. 1001, 1004, 1006). Di qui è chiaro, che sebbene la legge adoperi impropriamente la parola *collazione* nel senso di *riduzione* (art. 1002, 1022), le due cose sono affatto distinte fra loro.

La collazione non è dovuta: 1) se *l'erede non succede*, per indegnità o rinunzia: il rinunziante però non può ritenere la donazione, nè domandare il legato a lui fatto, se non fino alla concorrenza della quota *di-*

---

[1] MELUCCI, *Della collazione e imputazione*. Torino, 1882. Vedrà la luce fra poco un'importante monografia del prof. Lavolpe, della quale ho potuto per cortesia dell'Autore leggere la prima parte.

sponibile; nè gli è dato di conseguire nulla a *titolo di legittima* (art. 945, 1003); 2) se *l'erede fu dispensato dalla collazione* nel testamento, oppure nell'atto di donazione: qui la volontà *espressa* del defunto vince la *presunta:* però l'erede dispensato non può ritenere la donazione, se non fino alla concorrenza della quota disponibile (art. 1002).

È soggetto a collazione tutto ciò, che i figli o discendenti del defunto hanno ricevuto *personalmente* da lui per donazione *diretta o indiretta;* e tutto ciò, che dal defunto fu donato alla persona, nel cui *luogo e grado* essi succedono per diritto di rappresentazione. All'incontro il discendente, che succede al donante per *ragione propria,* non è tenuto a conferire le cose donate al suo ascendente, ancorchè ne avesse accettata l'eredità, e ritrovate in essa le cose medesime (art. 1001, 1005). Se apparisca la volontà espressa o *tacita* del defunto di *dispensare dalla collazione,* o trattisi di spese, che per essersi fatte sulle *rendite,* da una parte non diminuirono il patrimonio del defunto, dall'altra non accrebbero quello dell'erede, la collazione non ha luogo. Così, per esempio, *non sono soggette a collazione* le spese di mantenimento, istruzione ed educazione del figlio (articolo 1009); quelle ordinarie per abbigliamento, nozze e regali *di uso;* gli utili *avventizi,* che l'erede ha potuto conseguire da convenzioni fatte col defunto (purchè non contenessero alcun vantaggio indiretto, al tempo in cui vennero fatte), o da società contratte, senza frode, se le condizioni sono state determinate da un atto di *data certa;* i frutti e gl'interessi delle cose soggette a collazione, i quali perciò non sono dovuti, che *dal giorno in cui si è aperta la successione* (art. 1013); tutto ciò che è lasciato per testamento a titolo di *legato* o altrimenti (art. 1008). Invece *sono soggette a collazione* le spese fatte pel corredo nuziale, per la dote, per co-

stituire al discendente il patrimonio ecclesiastico, e per procurargli qualunque ufficio o *collocamento*, per pagare i debiti del discendente maggiore o *minore*, senza distinguere, se consistano in capitali, interessi, fitti o pigioni (art. 1007). In ogni caso, posto che il fondamento della collazione sia la presunta volontà del *de cuius*, è sovente una *quæstio facti* decidere, se la collazione sia dovuta: così non può decidersi con criterii *aprioristici*, se sia dovuta la collazione del deposito fatto pel volontariato di un anno, o della tassa del diploma di laurea, o d'iscrizione all'albo dei procuratori: occorre tener conto della *condizione sociale e patrimoniale* del defunto. Però in via *generale*, e anche senza dispensa, il donatario di un *immobile*, perito per *caso fortuito* e senza colpa sua, non è tenuto a conferirlo (art. 1012): invece il donatario di *mobili*, il quale è debitore non di cose determinate, ma del loro *valore*, è tenuto al conferimento per *imputazione*, sebbene i mobili siano periti per mero caso fortuito (*genera et quantitates numquam pereunt*).

La collazione si fa *in natura* realmente, o per *imputazione* fittiziamente: nel primo caso i beni donati sono restituiti alla massa ereditaria nella loro identica individualità, perchè vengano compresi nella divisione: nel secondo caso il *valore* dei beni da conferirsi si *imputa* nella porzione del donatario, cosicchè i coeredi prelevano dalla massa una porzione di beni eguale a quella conferita, e per quanto è possibile di beni della stessa natura, qualità e bontà di quelli, che non sono stati conferiti in natura (art. 992, 1015). La scelta fra l'uno e l'altro modo del conferimento spetta di *regola* a chi conferisce.

Collazione degl'immobili. — Conferendoli *in natura*, il donatario ha diritto a indennità pei miglioramenti, nella somma minore fra le spese e il migliorato, e per

le spese *straordinarie*, fatte per la *conservazione* della cosa: all'uopo può esercitare il *ius retentionis;* però i frutti percepiti *medio tempore* appartengono alla massa, e si possono soltanto *compensare* col suo credito (art. 1017, 1018, 1019); d'altra parte il donatario conferente è obbligato pei danni cagionati all'immobile per sua colpa (art. 1020). — I miglioramenti e i deterioramenti si determinano in relazione al valore del fondo *al tempo dell'apertura della successione*. La collazione degl'immobili *per eccezione deve farsi per imputazione:* 1) se il donatario dell'immobile lo abbia *alienato* o *ipotecato;* e ciò a fine di salvaguardare i diritti dei terzi acquirenti e creditori ipotecari; 2) se l'immobile sia perito *per colpa del donatario;* 3) la collazione si deve fare *ora in natura, ora per imputazione*, secondo le regole stabilite nell'art. 826, se la donazione di un *immobile* fatta a un discendente con dispensa dalla collazione ecceda la quota disponibile, e il donatario debba conferirlo in natura o possa ritenerlo per intero (art. 1022).

Collazione dei mobili. — Essa si fa *soltanto* per *imputazione*, a fine di evitare le difficoltà della collazione in natura, sul ragguaglio del valore, che i mobili avevano *al tempo della donazione*, giusta la *stima* annessa all'atto di donazione, e in mancanza secondo la stima, che verrà fatta dai periti (art. 1024).

Collazione del denaro. — La collazione del denaro donato si fa col prendere una minore quantità del danaro, *che si trova nell'eredità:* ove tale denaro *non basti*, o *manchi affatto*, il donatario può esimersi dal conferire altro denaro, cedendo sino alla concorrente quantità mobili, o immobili ereditari (art. 1025). Notisi però, che il donatario può liberarsi, versando nella massa la medesima *quantità numerica* ricevuta, restando a suo profitto l'*aumento* nel valore delle monete

e a suo danno *la diminuzione;* mentre converrebbe, se fossero considerate come semplici mobili, aver riguardo al loro valore *al tempo della donazione.*

Imputazione ex se. — Sebbene i *legati* non siano soggetti a collazione, e questa sia dovuta soltanto dal *discendente coerede* al *suo coerede,* il donatario o legatario legittimario, che domandi la *riduzione* della liberalità fatta a favore di un donatario, di un coerede o di un legatario, anche estraneo, deve imputare alla sua porzione legittima le donazioni e i legati a lui fatti, salvo che ne sia stato *espressamente* dispensato: la dispensa però non ha effetto a danno dei donatari *anteriori* (art. 1026). — Qui l'imputazione non è un *modo* della collazione, ma un istituto *ex se,* che ne differisce per più rispetti: 1) la *collazione* ha per fine di mantenere l'eguaglianza fra i *coeredi discendenti,* l'imputazione *ex se* è diretta invece a mantenere ferme le donazioni e le disposizioni testamentarie; 2) la collazione è dovuta unicamente dal coerede *discendente,* l'imputazione invece da *qualunque legittimario,* che domandi la riduzione delle liberalità esercitate dal defunto verso qualunque erede e legatario, *anche estraneo;* 3) la dispensa dalla collazione può essere *espressa* o *tacita;* la dispensa dall'imputazione invece non può essere che *espressa;* 4) tutte le cose *soggette* a collazione vanno ancora soggette all'imputazione; ma non tutte le cose *esenti* da collazione sono del pari esenti da *imputazione;* ad esempio, i *legati;* 5) la *collazione* dà origine a un'*azione,* l'*imputazione ex se* a una semplice *eccezione* in favore del coerede, del legatario o del donatario, che resiste alla domanda di riduzione.

§ 121. — Del pagamento dei debiti. — Della separazione del patrimonio del defunto da quello dell' erede.

Nomina et debita hæreditaria ipso iure inter hæredes dividuntur pro portionibus hæreditariis (articolo 1027). — Il creditore può tuttavia agire coll'azione *ipotecaria, indivisibile,* per l'*intero* contro il coerede, cui è toccato il fondo ipotecato: però il coerede, che ha pagato, non ha contro i condebitori coeredi l'azione di *subingresso* per l'*intero* contro ciascuno, ma soltanto l'azione di mandato per la *parte:* in caso di non solvenza di uno dei coeredi, la quota del debito *ipotecario* di lui[1] è ripartita in proporzione, fra *tutti* gli altri, compreso chi ha pagato (art. 1029, 1030, 1031). — I legatari non sono tenuti a pagare i debiti ereditari (*onus æres alieni non singularum rerum, sed universi patrimonii onus est*): però il creditore può domandare la *separazione;* e se è ipotecario, può sperimentare l'azione ipotecaria *reale* sul fondo legato. Il legatario che ha estinto il debito, di cui era gravato il fondo legato, è *surrogato* nei diritti del creditore contro gli eredi (art. 1033).

Separazione del patrimonio del defunto da quello dell' erede. — Per effetto della *confusio hæreditaria,* i *creditori dell' eredità* e i *legatari* potrebbero venir danneggiati dal concorso sui beni ereditari dei creditori dell'*erede:* tale concorso potrebbe aver luogo, anche quando l'erede accettasse con beneficio d'inventario, poichè il beneficio *non giova che a lui.* A impedire siffatto concorso, la legge soccorre ai creditori e ai lega-

[1] Trattandosi invece di debito *chirografario,* l'insolvenza di uno degli eredi del debitore ricadrebbe a danno del *creditore.*

tari, concedendo loro di *domandare* la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede: tale domanda ha per fine il soddisfacimento *sul patrimonio del defunto* dei creditori di *lui* e dei *legatari, che l'hanno domandata,* preferibilmente *ai creditori dell' erede;* senza che loro sia impedito di concorrere coi creditori dell'erede sul patrimonio di lui, se il patrimonio del defunto non è capiente, e l'eredità non fu accettata con beneficio d'inventario (art. 2055, 2058). Il diritto alla separazione si *perde,* se i creditori del defunto e i legatari non l'abbiano esercitato *entro tre mesi* dall'apertura della successione (art. 2057), oppure abbiano *novato* il loro credito, *accettando per debitore l' erede* (art. 2056). — Riguardo ai *mobili* la separazione si *esercita,* facendone domanda al *magistrato competente:* questi ordinerà l'inventario dei mobili, e nominerà un *sequestratario,* che li custodisca (art. 2059, Cod. civ.; 900 e 901, Proc. civ.). Riguardo agl' *immobili* la separazione si esercita mediante *iscrizione,* a tal titolo, del credito o del legato, sopra *ciascuno* degl'immobili, presso l'ufficio delle ipoteche del luogo, in cui sono situati: per tale iscrizione non è necessaria l'esibizione del titolo (art. 2060). — La domanda di separazione rispetto *ai mobili* non ha effetto *retroattivo;* quindi, se essi siano stati alienati *anteriormente,* la domanda si limiterà soltanto al prezzo *non ancora pagato* (art. 707 e 2061): rispetto agl'*immobili* invece ha effetto *retroattivo;* quindi le ipoteche iscritte sugl'immobili dell'eredità *in favore dei creditori dell' erede,* e le alienazioni, anche trascritte degl'immobili stessi, non pregiudicano in alcun modo ai diritti dei creditori del defunto e dei legatari, che ottennero la separazione nell'anzidetto termine di *tre mesi* (art. 2062).

Fra i creditori dell'eredità la poziorità viene determinata dall'originaria condizione giuridica dei titoli ri-

spettivi, e non dalla data del sequestro o dell'iscrizione: è manifesto poi, che i *creditori dell' eredità* sono preferiti ai *legatari* (*hæreditas non intelligitur, nisi deducto ære alieno*) (art. 2063). — L'erede può impedire o far cessare la separazione, pagando i creditori e i legatari, e dando cauzione per il pagamento di quelli, il cui diritto fosse sospeso da condizione o da termine, o fosse contestato (art. 2064).

§ 122. — Della divisione, dei suoi effetti e della garentia delle quote. — Rescissione della divisione.

La divisione dell'eredità comune può *di regola* essere domandata *in ogni tempo* mercè l'*actio familiæ herciscundæ* (§ 46); nessuno dei coeredi può *usucapire* a danno dell'altro, finchè, a causa dell'*indivisione*, perdurino la *precarietà* ed *equivocità* del possesso comune (art. 985).

Nel diritto romano la divisione era *traslativa* di diritto, quasi una permuta o una vendita, onde ciascun coerede cedeva all'altro i diritti, che aveva sui beni ereditari, in cambio della cessione, che l'altro gli faceva sui beni, che venivano assegnati esclusivamente a lui: di conseguenza ciascun coerede doveva rispettare le alienazioni e le ipoteche imposte sui beni compresi nella propria quota dall'altro coerede, salvo il regresso per evizione contro di lui. Nel diritto intermedio, perchè la divisione fosse esclusa dal generale divieto di alienare i feudi e dal pagamento dei diritti signorili, essa fu reputata invece *dichiarativa* di diritti. Tale la dichiara anche il Codice italiano, onde ciascun coerede è reputato *solo* e *immediato* successore in tutti i beni componenti la sua quota, come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari: di conseguenza

le alienazioni e le ipoteche continuano a sussistere soltanto sui beni compresi nella quota di chi le consentì, e si risolvono invece sugli altri, con effetto retroattivo al tempo dell'apertura della successione (art. 1034, 679).

Posto il principio, che la divisione è *dichiarativa*, essa non può servire di *titolo* all'usucapione *decennale* (art. 2137, 701): gli altri atti, che ne tengono luogo, ad esempio, gl'*incanti fra condividenti* non si possono risolvere per *patto commissorio* (art. 1165, Cod. civ.; 689, 694, Proc. civ.).

Pure ammesso il carattere *dichiarativo* della divisione, i condividenti debbono *in proporzione della propria quota* (art. 1036) prestarsi vicendevole garentia per le *molestie* giudiziali e stragiudiziali, pei vizi occulti, per l'insussistenza del credito, per l'insolvenza del debitore e per le *evizioni*, purchè derivino da causa *anteriore* alla divisione (art. 1035, § 75). La garentia non ha luogo: 1) se fu esclusa per clausola *espressa* e *particolare*; 2) se il coerede soffre l'evizione per *propria colpa*; 3) se l'azione è prescritta pel decorrimento del *trentennio:* questo incomincia a decorrere dal giorno dell'evizione o della molestia; trattandosi d'insolvenza del debitore, anteriore alla divisione, o di difetto della misura convenuta, dal giorno della divisione. La garentia della solvenza del debitore di una rendita dura soli *cinque* anni, computabili non dal giorno dell'*ultimo pagamento*, come opinava l'antica giurisprudenza, ma da quello della *divisione* (art. 1037).

La divisione presuppone, che non sia contestata, o sia stata riconosciuta la qualità di erede, mercè la *petitio hæreditatis*. Essa può seguire all'*amichevole*, o *giudizialmente*. La divisione giudiziale ha tre stadii: 1) *stima* dei beni; 2) formazione della massa e liquidazione dei conti fra i coeredi; 3) effettiva composizione dei lotti, di regola in *corporibus* dei beni ereditari mo-

bili e immobili, e loro assegnazione ai condividenti per *estrazione a sorte* o per *attribuzione* in tutto o in parte (art. 984 a 1000, Cod. civ.; 882 a 895 Proc. civ.). — È abolito il *retratto successorio,* mercè il quale i cessionari di un coerede, i quali non avevano diritto a succedere, potevano essere esclusi dalla divisione, mediante il rimborso del prezzo della cessione: tale *retratto* mirava a impedire, che speculatori avidi impedissero le divisioni amichevoli e turbassero la pace delle famiglie.

Rescissione della divisione. — Le cause di rescissione della divisione sono la *violenza,* il *dolo* e la *lesione oltre il quarto:* l'errore si comprende in una delle tre cause suddette: la semplice *omissione* di un oggetto dell'eredità non dà luogo alla rescissione, ma ad una azione *ad supplendam divisionem* (art. 1038). L'azione di rescissione è ammessa contro qualunque atto, che abbia per oggetto di far cessare lo stato d'indivisione o comunione, ancorchè venisse qualificata *vendita, permuta, transazione* o altrimenti; ammenochè essa costituisca un contratto *aleatorio* di vendita del diritto ereditario, fatta *senza frode,* a rischio e pericolo del cessionario, oppure una *transazione,* fatta sopra le difficoltà *reali,* che presentava il primo atto di divisione, ancorchè non fosse cominciata alcuna lite sopra tale oggetto (art. 1039, 1040). Per conoscere, se ci sia stata lesione, si fa eseguire la *stima* delle cose e dei diritti attribuiti all'istante, secondo il loro *stato e valore al tempo della divisione* (art. 1041). La rescissione può arrestarsi per l'offerta del supplemento *o in danaro o in natura* (art. 1042): si estingue per la prescrizione *quinquennale* (art. 1300), e per la *ratifica espressa* o *tacita* (art. 1043). — Pronunziata la rescissione, ritorna l'indivisione fra i coeredi, e ciascuno di essi può domandare una nuova divisione.

§ 123. — Della divisione fatta dagli ascendenti fra i loro discendenti.[1]

Gli ascendenti, a fine di prevenire fra i *discendenti* (legittimi, legittimati, naturali e adottivi) liti intorno alla divisione, possono essi stessi distribuire i beni fra loro per *donazione* o per *testamento*, comprendendovi anche la parte non *disponibile* (art. 1044, 1045). Tale divisione produce gli stessi effetti della divisione ordinaria; quindi a ciascun condividente spetta la garentia della quota e l'ipoteca legale. La divisione *inter liberos*, se è fatta per atto di *donazione*, è soggetta agli articoli 1056 e segg., e rispetto ai mobili all'art. 1070: se comprende *immobili*, dev'essere trascritta per avere efficacia rispetto ai terzi. Quando la divisione è fatta invece *per testamento*, è soggetta a tutte le regole proprie di questo: in ispecie più persone non possono con unico atto fare la divisione *inter liberos* dei loro beni (art. 761). In ogni caso bisogna osservare, anche in tema di divisione *inter liberos*, il principio scritto nell'art. 994: che « nella formazione e composizione delle quote si deve evitare, per quanto sia possibile, di smembrare i fondi, e di recare danno colla divisione alla qualità delle coltivazioni, e fare in modo, che entri possibilmente in ciascuna quota la medesima quantità di mobili, immobili, diritti e crediti di egual natura e valore. » — Nella divisione *inter liberos* si possono comprendere soltanto i beni *presenti* (art. 1064, 1045), *in tutto o in parte*: i beni non compresi nella divisione si dividono in conformità della legge (art. 1046). La divisione è nulla *in totum*, se in essa non fu contemplato

---

[1] Vedi POLACCO, *Della divisione fatta da ascendenti fra discendenti*. Padova, 1885.

alcuno fra i figli, chiamati alla successione, o dei discendenti dei figli premorti, sebbene l'omesso non fosse stato neppure concepito al tempo della divisione (articolo 1047). La divisione *per atto tra vivi o per testamento* può essere *ridotta per lesione della legittima;* può essere *rescissa per lesione oltre il quarto* della quota, che è stata assegnata al discendente, e che ha formato obbietto della divisione, *soltanto*, se fu fatta *per atto tra vivi*. La rescissione può essere domandata soltanto dopo la morte dell'ascendente dal discendente leso: l'azione di *rescissione* si prescrive in *cinque anni* computabili dal giorno della morte dell'ascendente (articoli 1048, 1049, 1308)

DELLE AZIONI.

§ 124. — Garentia dei diritti. — Nozione, requisiti e specie delle azioni.

Organo e tutelatore del diritto è lo Stato: esso rende giustizia per mezzo dei suoi magistrati, e non consente, che alcuno si faccia ragione da sè medesimo: « Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice potest fieri, ne occasio sit maioris tumultus faciendi » (L. 170, pr. Dig. *De reg. iuris*).[1]

Talora, per evitare un danno *imminente,* è consentito a' privati di respingere la forza con la forza, affinchè non sia *mutato* un precedente *stato di fatto;*[2] il *moderamen inculpatæ tutelæ* è un diritto che tutte

---

[1] Il Codice penale punisce l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni (art. 286, 288). Non può considerarsi, come un caso di ragion fattasi, il permesso concesso al proprietario di un fondo di tagliare le radici dell'albero del vicino, che si protendono nel suo fondo (art. 582); esso è piuttosto una conseguenza dell'esercizio del diritto di proprietà.

[2] Così chi sia nel possesso di un immobile ha il diritto di respingere colla forza chi con la forza voglia scacciarlo: però il *moderamen inculpatæ tutelæ* non soccorre al possessore, se non quando la violenza sia stata adoperata *incontinenti, non ex intervallo,* e sia proporzionata alla violenza patita. Di conseguenza, quando anche abbia per iscopo l'attuazione del diritto, ogni mutamento nel precedente stato di fatto è proibito: il creditore non può di sua autorità appropriarsi, come pegno, cose appartenenti al debitore.

le leggi riconoscono, *quando abbia i suesposti requisiti.*

In ogni altro caso occorre adire il magistrato civile; il quale, a differenza dei giudici penali, non procede *ex officio,* ma solo allorchè le parti si rivolgono a lui per la decisione della controversia.

L'azione è il mezzo per far *reintegrare* o *riconoscere* in giudizio il diritto violato: « Actio nihil aliud est, quam ius persequendi in iudicio quod sibi debetur » (*Ist. pr. de act.,* IV, 6).[1] Di conseguenza ad ogni diritto, *civilmente* riconosciuto, inerisce un'azione. L'azione non si può separare dal diritto *perfetto,* cui inerisce: può tuttavia avvenire che essa si estingua, e invece il diritto rimanga in vita, come obbligazione *naturale;* così prescritto il debito, il debitore rimane tuttavia naturalmente obbligato verso il creditore.

Oggidì le azioni non sono più *numerate,* nè hanno tutte un proprio e rigoroso *nomen iuris,* come nell'antico diritto romano: in qualunque modo e sotto qualunque formola vengano proposte, il magistrato, senza incorrere nel vizio di giudicare *ultra petita,* può e deve ricercare quale sia l'azione intentata e correggerne la definizione.

Non può sperimentare un'azione, se non chi abbia interesse giuridico alla reintegrazione o al riconoscimento del diritto (art. 36, Proc. civ.): onde Ihering ebbe a dire, che i diritti sono *interessi garentiti* dalla *legge.* L'interesse può essere *materiale* o *morale:* l'interesse *materiale* dà sempre diritto allo sperimento dell'*azione civile;* il *morale,* invece, solamente quando tocca direttamente l'attore o la sua famiglia. Di conseguenza

---

[1] L'Unger, con espressione immaginosa, dice (§ 118, n. 13): « Il diritto di azione è in certo modo il diritto sul piede di guerra, il diritto vestito del *sago,* in confronto del diritto allo stato di pace, il diritto vestito di *toga.* »

l'azione civile sarebbe inammissibile: 1) per offese fatte in generale alla *classe,* cui l'attore appartiene; 2) alla memoria di chi lo ha istituito erede, ammenochè non si riferiscano all'*origine de' beni;*[1] 3) contro chi ha giudicato mancare all'attore una qualità intellettuale o morale, se l'essere sfornito di essa non sia indecoroso, nè faccia ostacolo all'esercizio della professione; 4) contro le opinioni meramente scientifiche, e quelle emesse dai deputati e senatori nelle aule parlamentari.

Le azioni *popolari,* esercitate da privati cittadini per fare reintegrare diritti pubblici manomessi, *di regola* non sono più ammesse nel diritto moderno.[2] Non debbono confondersi colle azioni popolari quelle, che i privati possono sperimentare non per la sola qualità di cittadini *uti cives,* ma *uti singuli et uti cives:* di conseguenza, mentre ai privati non è data alcuna azione civile a tutela delle fontane e delle piazze pubbliche, è concessa ancora oggi ai cittadini, aventi diritto agli usi civici, una propria azione, indipendente da quella della rappresentanza comunale.

Neanche le azioni di *iattanza* sono più ammesse nel diritto civile moderno. Quando anche il vanto sia tale da produrre probabilmente un danno morale o materiale (come se alcuno vanti contro un commerciante crediti vistosi per scemare il suo fido presso le Banche di anticipazioni, e diminuire il suo credito presso altri commercianti), non è ammessibile un' azione di iattanza, affinchè chi vanta i crediti li giustifichi in breve termine sotto pena di perderli, ma una semplice azione di *risarcimento di danni.*

Dalle azioni *di iattanza* differiscono le azioni e i rimedi giuridici *preventivi,* tuttora ammessi: tali sono l' *actio damni infecti,* quella per far dichiarare la *sus-*

---

[1] Vedi art. 400 Cod. pen.

[2] Le ammettono l'art. 114 della vigente legge comunale e provinciale e l'art. 82 della legge del 17 luglio 1890 sulle istituzioni pubbliche di beneficenza.

sistenza d'un diritto condizionale e impedirne la prescrizione estintiva; l'*esame a futura memoria* ammesso, quando vi sia fondato motivo di temere la mancanza di testimoni (art. 251, Proc. civ.).

Colui che intenta l'azione dicesi attore (*actor*); quegli, contro del quale viene sperimentata, dicesi convenuto (*reus*): però nei tre *iudicia duplicia, communi dividundo, familiæ herciscundæ et finium regundorum*, per la natura stessa delle azioni proposte, ciascuno dei litiganti è contemporaneamente *attore* e *convenuto*.[1] Di conseguenza ciascuno deve provare il suo diritto; se nessuno dei due vi riuscisse compiutamente, il giudice, anzichè applicare la massima: *actore non probante reus absolvitur*, dovrebbe sentenziare in favore di chi ha fornita la prova *relativamente migliore*, oppure trovasi nel possesso. In quanto agli effetti procedurali però reputasi attore chi prima intentò l'azione: e l'attore non può essere mai condannato senza domanda del convenuto, rimanendo ferma anche nelle azioni duplici la regola, che il magistrato non può giudicare *ultra petita*.

Dal caso in cui viene proposta un'azione *duplice*, bisogna distinguere quello, in cui il convenuto alla domanda dell'attore oppone una *domanda riconvenzio-*

---

[1] Nell'Arndts-Serafini è definita con molta vivacità ed esattezza la condizione del convenuto in un giudizio duplice: « Nell'*actio simplex* il convenuto di fronte al diritto formulato dall'attore si mantiene in una posizione meramente negativa: nell'*actio duplex* al contrario assume una posizione attiva, rispondendo all'attacco dell'attore con una contro-affermazione di quel medesimo diritto, che è vantato da quest'ultimo. Nell'un caso la vittoria dell'attore dipende unicamente dalla prova del diritto asserito, come la sconfitta dall'insufficienza della prova medesima; nel secondo caso al contrario la vittoria di una delle parti dipende dalla poziorità delle prove da lei addotte in confronto di quelle addotte dall'avversario; come la sconfitta dalla poziorità di quelle addotte dall'avversario sulle proprie. » (§ 99, n. 7.)

nale: mutua petitio ad petitionem actoris redacta (art. 100, n° 3, Proc. civ). Anche in tal caso il convenuto assume la figura di attore: però ciò non segue per la natura stessa dell'azione intentata, ma per un'azione nuova, che viene cumulata alla precedente: non vi è un solo giudizio, ma due giudizi distinti, e processualmente soltanto uniti fra loro; ciascuno dei litiganti è attore in uno di essi e convenuto nell'altro, e ciascuno di conseguenza deve dare la prova della propria azione. Colle domande riconvenzionali non si debbono confondere le semplici eccezioni, in ispecie l'eccezione di compensazione tendente solo a respingere la domanda dell'attore; la riconvenzione, invece, è una vera domanda, superiore talvolta alla domanda dell'attore e tendente alla condanna di lui.[1]

Le azioni, in quanto alla loro causa e al loro scopo, si distinguono in:

1) *reali, impersonali* o *petitorie,* stabilite a garentia di un diritto reale ed esperibili *erga omnes.* L'azione reale conserva il suo originario carattere, quando anche l'attore domandi contro il convenuto indennità e risarcimenti per danni fatti sulla cosa, o per altri rapporti giuridici puramente personali: ad esempio, se il rivendicante chieda contro il possessore oltre il rilascio della cosa il risarcimento dei danni, dolosamente recati alla medesima. In tali casi per verità le azioni sono due, l'una reale e l'altra personale, cumulate però processualmente nel medesimo giudizio;

2) *personali,* stabilite a garentia di un diritto personale, derivante da contratto, quasi contratto, delitto o quasi delitto, ed esperibili solo avverso l'obbligato. Le azioni rimangono personali, per la *causa,* quando anche siano esperibili avverso persone non obbligate

---

[1] Viti, *Delle azioni,* n. 119 e segg.

direttamente, per essere *universali nell' esercizio* (*in rem scriptœ*): però in tali casi i terzi sono anche obbligati, personalmente, da un rapporto quasi contrattuale d'indebito arricchimento, da delitto o quasi delitto: così per *indebito arricchimento* la Pauliana, che è azione personale, si sperimenta contro l'acquirente a titolo gratuito, non partecipe della frode, e per *delitto* contro l'acquirente a titolo oneroso, *particeps fraudis* (art. 1235);

3) *possessorie*, stabilite a garentia del possesso e dei diritti che esso conferisce;

4) *pregiudiziali* o, meglio, *dichiarative*, quando non tendono a ottenere la condanna del convenuto *ad faciendum* o *ad dandum*, ma ad ottenere un semplice *riconoscimento* del diritto. Tali sono: 1) le azioni di verificazione di scritture e di falso, quando non sorgano incidentalmente nel corso di un giudizio, ma *principalmente* e senza che l'attore richiegga la *condanna* del convenuto; 2) le azioni dirette ad ottenere la dichiarazione di un diritto condizionato o a termine, prima che la condizione si verifichi, o il termine scada, coll'intento d'impedire la prescrizione (art. 2126); 3) le *azioni di stato*. Alcuni ritengono *pregiudiziali* solamente queste ultime: ma non vi è alcuna ragione per escludere l'esercizio delle altre, in tutt' i casi, in cui l'attore abbia un *legittimo interesse giuridico* ad ottenere il riconoscimento del suo diritto. Un'azione dichiarativa dicesi propriamente *pregiudiziale*, allorchè è il presupposto di un'altra azione tendente ad ottenere la *condanna* ad *faciendum* o ad *dandum:* in tal caso l'azione dichiarativa dev'essere preliminarmente giudicata. Dappoichè le azioni dichiarative si possono d'ordinario sperimentare *erga omnes* e nelle fonti romane sono agguagliate alle *actiones in rem* (§ 13, *Ist.*, 4, 6), alcuni hanno dedotta la conseguenza, che fos-

sero azioni *reali;* tale opinione è erronea, poichè d'ornario esse sono stabilite soltanto a garentia di *diritti di famiglia* e di *obbligazioni personali;* e in questo ultimo caso non possono farsi valere, se non contro gli obbligati.

Alle suddette categorie d'azioni gl'interpreti del diritto romano aggiunsero l'altra delle azioni *miste;* tratti in errore dal § 20, *Ist.*, 4, 6, in cui è detto che le azioni duplici *mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam;* mentre nella L. 1, § 1, Cod. 8, 40 si dice all'incontro: *Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est.* Il Codice francese ammise le azioni miste, come intermedie fra le *reali* e le *personali;* si consideravano come tali le azioni *risolutive* o *rescissorie,* che potessero riguardare i terzi detentori d'immobili, quelle tendenti al rilascio d'immobili in virtù di un contratto traslativo di proprietà ec. Il Codice sardo del 1859 e il nostro Codice di Proc. civ. non parlano più di azioni miste: ai migliori interpetri pare di conseguenza fondata opinione, che esse non siano più riconosciute, per la assoluta incompatibilità e ripugnanza fra i due caratteri della *realità* e *della personalità* dell'azione. Nè per indurci in contraria opinione è ragione sufficiente quella, che da alcuni atti giuridici rampollano due azioni; ad esempio, dal contratto di vendita un'azione personale *empti venditi* e un'altra *reale* di revindicazione, entrambe stabilite in favore del compratore per ottenere il rilascio della cosa: queste due azioni, l'una *personale* e l'altra *reale,* conservano, a nostro avviso, ciacuna la propria natura, anzichè mutarsi ibridamente in azioni *miste.*

Le azioni in quanto al loro *obbietto* si distinguono inoltre in

1) mobiliari, *quœ tendunt ad quid mobile;*
2) immobiliari, *quœ tendunt ad quid immobile.*

Non bisogna confondere questa distinzione coll'altra di *reali* e *personali*; infatti un'azione *reale* può essere *mobiliare*, e un'azione personale *immobiliare*. È vero che, in quanto alla competenza, l'art. 90 del Codice di Proc. civ. dichiara proponibili innanzi al magistrato del *forum rei* tanto l'azione *personale*, quanto l'azione *reale* su beni mobili; ma negli art. 70 e 93 si tiene conto dell'intrinseca differenza fra le due specie d'azioni.

Notisi, che oggi tutte le azioni tendono ad una condanna in *simplum*, e di conseguenza sono abolite le azioni in *duplum* o in *quadruplum*. Del pari, cessato il conflitto fra il *ius strictum* e l'*æquitas*, ha perduto ogni valore la distinzione fra le *actiones bonæ fidei* e quelle *stricti iuris*.

§ 125. — Del concorso delle azioni.[1]

Il concorso delle azioni può essere *subbiettivo* o *obbiettivo*. Il concorso *subbiettivo* ha luogo, allorchè: 1) *più azioni* spettano a *una* contro *più persone*, ad esempio, contro i debitori solidali; 2) *più persone* hanno azione contro *una o più*, ad esempio, i creditori solidali contro l'unico debitore, o contro il debitore e il fideiussore solidale. Però nei casi suddetti non vi ha *pluralità di azioni concorrenti*; ma un'unica azione spettante a

[1] Non si deve confondere col *concorso* il *cumulo* delle azioni, il quale ha luogo quando più azioni, aventi ciascuna vita propria e indipendente, si sperimentano tutte nel medesimo giudizio: il *concorso* suppone invece, che l'esercizio dell'una impedisca in tutto o in parte l'esercizio delle altre. L'attore può di regola cumulare tutte le azioni, che gli spettano contro lo stesso convenuto, sebbene dipendano da diversi titoli: invece, se gli attori o i convenuti sono più, il cumulo presuppone una relazione almeno formale nascente dalla legge o dal contratto fra gli attori o i convenuti. Gli effetti procedurali del cumulo sono estranei al diritto civile: noto solamente, che esso può diminuire notevolmente le spese giudiziarie.

ciascuno dei subbietti, la quale, estinta una volta rispetto a uno, è estinta anche rispetto agli altri. Di conseguenza il concorso subbiettivo non è vero concorso; poichè questo suppone *più azioni* spettanti a *una sola persona* per la difesa del *medesimo* diritto, e tali, che l'esercizio dell'una impedisca in *tutto* o in *parte* l'esercizio dell'altra.

La dottrina del vero concorso (*obbiettivo, elettivo*) si fonda sul principio: *Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur* (L. 57, Dig. *De reg. iuris*).

Per determinarne le applicazioni non giova la massima: *Electa una via non datur recursus ad alteram:* occorre invece fermare il principio, che il concorso ha luogo, quando le due azioni si propongano lo stesso *scopo* e abbiano il *medesimo fondamento* giuridico. — Sperimentata la prima, all'altra si oppone efficacemente l'*exceptio rei iudicatæ;* dalla quale, ad esempio, sarebbe respinto il compratore, che, dopo di avere inutilmente sperimentata contro il venditore l'*actio personalis ex contractu* per ottenere la consegna della cosa, intentasse contro il medesimo la *reivindicatio:* infatti nel caso proposto l'azione personale e la revindica si propongono il medesimo scopo, la *consegna della cosa,* e hanno il medesimo fondamento giuridico, l'*atto di acquisto della proprietà.* Il concorso elettivo non ha luogo, se manca la *doppia comunanza di scopo e di fondamento giuridico:* così, ad esempio, il compratore non solo può revindicare la cosa contro il terzo possessore, ma eziandio sperimentare l'azione di danni contro il venditore, *qui dolo desiit possidere:* qui le due azioni hanno il *medesimo fondamento giuridico*, il contratto di acquisto, ma non il *medesimo scopo,* poichè l'una è diretta a conseguire il rilascio della cosa, l'altra il risarcimento dei danni.

Talora il concorso ha luogo fra due azioni nascenti da unico fatto, sebbene esse non abbiano il medesimo

scopo: ciò avviene, perchè la scelta della prima importa una tacita rinunzia all'altra, ed il rigetto dell'una si fonda su motivi comuni all'altra, onde a questa si può efficacemente opporre l'*exceptio rei iudicatæ.* Così le azioni *redhibitoria* e *quanti minoris* hanno il medesimo fondamento, i *vizi occulti,* ma diverso *scopo,* poichè l'una tende alla risoluzione del contratto, l'altra ad ottenere la differenza di prezzo: pure, respinta la *redhibitoria,* alla *quanti minoris* si opporrà l'*exceptio rei iudicatæ;* sia perchè la scelta fra le due azioni è irretrattabile *dopo la contestazione della lite,* sia perchè il rigetto della prima domanda si è fondato sul motivo, comune alla seconda azione, che la prima era *inammissibile,* oppure che i vizi occulti erano *insussistenti.*

§ 126. — Eccezioni e difese.

Il convenuto può contro l'attore: *a*) *negare* in tutto o in parte l'atto giuridico, che serve di fondamento all'azione (restituitemi i 1000, che vi detti a mutuo: non vi debbo nulla o vi debbo 300); *b*) *contrapporre* un altro *fatto,* da cui risulti l'estinzione del diritto dell'attore (restituitemi la cosa comodata: ve l'ho restituita); *c*) *contrapporre* al diritto dell'attore un *altro diritto,* che lo renda in tutto o in parte inefficace (restituitemi il denaro mutuatovi: il debito è colpito dalla prescrizione). Nei primi due casi le deduzioni del convenuto prendono tecnicamente il nome di *difese,* la prima *negativa,* l'altra *positiva;* nel terzo caso prendono il nome d'*eccezioni.*[1] Le difese si riferiscono sempre al *merito,* le eccezioni possono anche riguardare

[1] Notisi però, che nel nostro Codice, per improprietà di linguaggio, la parola *eccezione* è adoperata in senso lato a significare tutte le impugnative dell'azione, esempio, art. 1366, 1867, 1899.

l'*inammissibilità* dell'azione, sia che l'attore non l'abbia mai avuta, perchè la legge non gliel'accordi, sia che l'abbia perduta.

L'importanza della suddetta distinzione è triplice: 1) in quanto al *carico della prova*; 2) all'*effetto* delle deduzioni del convenuto sul diritto dell'attore; 3) ai poteri e all'ufficio del *giudice*. — 1) La *difesa negativa* della prima specie non obbliga il convenuto a far la prova della sua negazione: mentre le eccezioni e le difese della seconda specie debbono essere provate da lui, pel principio: *Reus in excipiendo fit actor*. — 2) Le difese della prima e della seconda specie, se sono fondate, producono l'estinzione del diritto *ipso iure*, mentre le eccezioni lo estinguono soltanto *ope exceptionis*: di conseguenza la rinunzia all'eccezione basta per ridar vita al diritto paralizzato dalla medesima, mentre occorre creare *ex novo* il diritto estinto *ipso iure* per effetto di una difesa: basta rinunziare alla prescrizione, perchè sia accolta la domanda del pagamento di un credito prescritto; mentre occorre di fare da capo un atto di donazione per iscrittura privata. — 3) Delle difese e delle eccezioni alcune si possono riferire al merito e si fondano *sui fatti e sulle prove*: altre riguardano l'*applicabilità* o l'*esistenza del diritto*: il magistrato non può mai proporre *ex officio* le prime: ma può e deve ricercare, se esista il diritto invocato dall'attore e sia applicabile al caso controverso: una deduzione siffatta può essere fatta valere anche per la prima volta innanzi alla Corte di Cassazione.

All'eccezione l'attore può opporre una *replicatio* (*exceptio exceptionis, contraria exceptio*), e il convenuto opporre a questa una *duplicatio*, e così di seguito.

Le eccezioni si distinguono in:

1) *relative* o *assolute* (*personæ* o *rei cohærentes*). Le prime sono intrasmissibili, perchè si fondano sopra

motivi personali, e sono opponibili solo da persone determinate (art. 57, Proc. civ., e 1899, Cod. civ.); le altre possono farsi valere da tutti, e contro chiunque muova una pretesa contraria al convenuto. Notisi, che non può eccepirsi il diritto del *terzo*, di colui cioè, che non ha alcun rapporto giuridico coll'attore o col convenuto, e che non ha trasmesso loro il diritto, a difesa del quale è data l'azione o l'eccezione;[1]

2) *temporanee* o *dilatorie*, e *perpetue* o *perentorie*. Le prime impediscono l'esercizio del diritto soltanto per un certo tempo, o concorrendo determinate condizioni, come se il diritto è a termine o *sub conditione*; le altre invece menano al *rigetto definitivo* della domanda. Queste possono proporsi in 1ª e in 2ª istanza, in *qualunque stato* della causa, fino alla *sentenza definitiva*; come le eccezioni di nullità, di prescrizione, le declinatorie per materia e valore, ec. Le *temporanee* invece debbono proporsi entro un certo tempo e con un certo ordine, per modo che chi propone eccezioni dilatorie di 2° o di 3° ordine rinunzia tacitamente alle altre d'ordine precedente: così le declinatorie per incompetenza territoriale debbono proporsi prima di ogni altra eccezione (art. 190, Proc. civ.); le perentorie di procedura possono proporsi dopo le declinatorie, ma prima di ogni eccezione di merito, ec. (art. 340, Proc. civ.).

§ 127.—Fine delle azioni e delle eccezioni.

Oltre i modi d'*estinzione dei diritti*, i modi d'*estinzione delle azioni* sono i seguenti:

1) La *morte*, che produce l'estinzione dei diritti

---

[1] Quindi non sarebbe *terzo* rispetto al convenuto il *causam dans* dell'attore, se l'eccezione sia rivolta a dimostrare, che il *causam dans* non aveva diritti di sorta, e che nessuno di conseguenza ne ha trasmesso all'attore.

e doveri intrasmissibili e personalissimi. Le conseguenze *penali* d'un reato, quando anche consistano in multe e ammende *pecuniarie*, sono anche esse intrasmissibili agli eredi.[1] Però gli eredi sono obbligati a *risarcire i danni cagionati dai reati* commessi dai loro autori, sebbene ad essi non ne sia derivato alcun vantaggio, e l'ammontare dei danni superi l'attivo dell'eredità;[2]

2) Il *concorso elettivo*, come si è notato, produce l'estinzione totale o parziale di una delle azioni: le eccezioni non sono mai in concorso, quindi possono farsi valere tutte;

3) La *prescrizione estintiva* è fondata sul bisogno di non tenere lungamente incerti e sospesi i rapporti giuridici, sull'inerzia dell'attore, sulla difficoltà della prova e talora su di una presunzione d'estinzione del diritto.[3]

---

[1] *In pœnam hæres non succedit* (L. 22, Dig. 39, 1). — « È barbara e iniqua la velleità di alcuni legislatori contemporanei, i quali pretenderebbero di far passare la pena agli eredi del colpevole, sotto il pretesto che trattisi di pena pecuniaria. » CARRARA, *Programma*, § 647. Art. 131, n. 1, Codice penale sardo.

[2] Secondo la più comune opinione, nel diritto romano gli eredi erano tenuti soltanto sino alla concorrenza dell'indebito arricchimento (L. 38, Dig. *De reg. iuris*. ARNDTS-SERAFINI, § 104, n. 5). Il diritto canonico, moderato dalla pratica forense, dispose che gli eredi fossero obbligati per i danni, sebbene non se ne fossero avvantaggiati: però non ultra vires hæreditarias: « et hæredes eius moneas et compellas, ut his, quibus ille damna contra iustitiam irrogaverat IUXTA FACULTATES SUAS condigne satisfaciant. » Cap. 5, X, *De rapt.*, V, 17 Vedi SALVIOLI, nella *Rivista* di Schupfer e Fusinato, 1886.

[3] Dalla *prescrizione* si deve distinguere la *decadenza*, per effetto della quale un diritto, non esercitato in un certo termine, è definitivamente perduto. I termini della prescrizione possono essere sospesi per più ragioni, laddove quelli di decadenza sono perentorii e corrono contro tutti: la rinunzia alla decadenza non fa rinascere il diritto definitivamente estinto, laddove esso rinasce per rinunzia alla prescrizione. La domanda giudiziale, capace d'interrompere la prescrizione, interrompe anche la decadenza: ma dopo di essa l'azione è soggetta ad

Quantunque la prescrizione si fondi sopra motivi di pubblico interesse, pure il magistrato non può elevarla *ex officio* (art. 2109), ed è lecito rinunziarvi. La rinunzia però dev' essere fatta: 1) dopochè la prescrizione si è già verificata, altrimenti diverrebbe una *clausola di stile* (art. 2107); 2) da chi ha la *libera disponibilità* del diritto (art. 2018): di conseguenza l'inabilitato non può rinunziare alla prescrizione senza l'assistenza del suo curatore. La rinunzia può essere *espressa* o *tacita,* risultante cioè da fatti tali, che sieno *incompatibili* colla volontà di avvalersi della prescrizione (art. 2111), ad esempio, dal pagamento degl' interessi, dalla garenzia data per la soddisfazione del debito, ec. Non può riguardarsi come rinunzia tacita il fatto, che il convenuto non ha dedotta la prescrizione in prima istanza; egli può tuttavia dedurla in appello, come ogni altra eccezione *perentoria* (art. 2110). Però la rinunzia in ogni caso non produce *novazione* del diritto preesistente: contro di esso possono farsi valere tutte le eccezioni fondate sopra ragioni diverse.

La prescrizione è ammessa in favore e contro ogni persona fisica o giuridica, presente o assente, e finanche contro lo Stato e i militari in attività di servizio in tempo di pace (art. 2114 arg., art. 2120, 2° comma).

Il termine stabilito per la prescrizione non comincia a decorrere, se non da quando l' attore aveva facoltà di agire: *Actioni nondum natæ non præscribitur.* Quindi l' azione non si prescrive, se non da quando il

---

un nuovo termine di prescrizione, e non ad un nuovo termine di decadenza: questa non s'incorre più. Che un termine sia di decadenza e non di prescrizione si argomenta dalla natura della disposizione e dai motivi di essa; termini di decadenza sono quelli stabiliti per l'esercizio dell'azione di denegata paternità (art. 166), della revocazione delle donazioni a causa d' ingratitudine (art. 1082), dell'azione redibitoria (art. 1505).

diritto a termine o condizionale, cui inerisce, sia divenuto *esigibile:* la prescrizione di un capitale fruttifero non comincia dalla scadenza degli interessi, ma da quella del capitale; l'azione di garentia, da quando è seguita l'evizione. È erronea l'opinione, che la prescrizione decorra dal giorno, in cui il *diritto fu violato:* di qui deriverebbe la conseguenza, che nel deposito e nel comodato la prescrizione non decorrerebbe dal giorno della conchiusione del contratto, ma da quello, in cui il depositario e il comodatario negassero la restituzione delle cose depositate o comodate. La contestazione da parte del debitore non è necessaria, neanche quando il debito consista in prestazioni annue: quindi non pagate le prestazioni per trent'anni, non solo è prescritta la prima di esse, ma benanche il diritto da cui derivano.[1]

È prevalso sinora il principio, che a differenza delle azioni, le eccezioni siano *imprescrittibili: quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum:* in verità *tanto dura l'eccezione, quanto l'azione.*[2]

La buona fede non è richiesta, perchè abbia luogo la prescrizione estintiva; altrimenti in molti casi, ad esempio, nel mutuo, essa diverrebbe praticamente impossibile.

Il termine richiesto per la prescrizione è di regola di trent'anni (art. 2136): tuttavia: 1) le azioni di nullità per vizi del consenso, per incapacità dei subietti, o per inosservanza delle forme stabilite a garentia degl'incapaci, e quelle di rescissione per lesione, salvo il caso

---

[1] Questa opinione fu sostenuta da Bulgaro contro Martino; in favore di essa somministra un importante argomento l'art. 2135, Codice civile.

[2] Vedi sulle controversie, cui dà luogo l'applicazione di questo principio nei casi di *azione senza eccezione* e di *azione ed eccezione cumulativamente,* le mie *Istituzioni* (Sistema), pag. 150 e segg.

della vendita (art. 1531), si prescrivono in cinque anni (art. 1300); 2) l'azione del proprietario o possessore per riavere dal terzo possessore la cosa mobile derubata o smarrita, in conformità degli art. 708 e 709, si prescrive nel termine di due anni (art. 2127); 3) si prescrivono in cinque anni: *a*) le *annualità* delle rendite perpetue e vitalizie; *b*) le *pigioni* delle case e i *fitti* dei beni rustici; *c*) gl'interessi *liquidi* delle somme dovute, e generalmente tutto ciò, che è pagabile ad anno o a termini periodici più brevi. Non sono soggetti a tale prescrizione gl'interessi moratorii, dovuti a titolo di danni, e non come proventi del capitale; nè le prestazioni annue pagate *per conto* del debitore da un *terzo* o da un *fideiussore*, le quali costituiscono, per chi ha pagato, un *capitale ex se* ripetibile per trent'anni contro il debitore principale.

La prescrizione può essere *sospesa* o *interrotta;* nel primo caso la *præscriptio* per un certo tratto *dormit, quiescit*, ma il tempo precedente si computa e si aggiunge a quello decorso, dopo che è cessata la causa della sospensione: nel secondo caso invece, il tempo precedente è perduto, e può soltanto ricominciare a decorrere un nuovo termine di prescrizione.

Oltre i casi, in cui l'azione non è ancora nata, o un impedimento legale osta all'esercizio di essa (esempio, art. 2120, 3°, 4° e 6° comma), la prescrizione può essere *sospesa*, a cagione di qualità personali del creditore meritevoli di speciale protezione o di rapporti esistenti fra il creditore e il debitore.

A) Per le qualità personali del creditore la prescrizione non corre: 1) contro i minori non emancipati e gl'interdetti per infermità di mente; corre invece contro gli emancipati, gl'interdetti legali e gl'inabilitati; 2) contro i militari in servizio *attivo in tempo di guerra*, assenti o presenti nel Regno; 3) contro la

donna maritata, riguardo al fondo dotale proprio di essa, ed al fondo specialmente ipotecato per la dote e per l'esecuzione delle convenzioni matrimoniali, durante il matrimonio. — Pei beni *parafernali* invece la prescrizione corre anche durante il matrimonio.

B) A causa dei rapporti esistenti fra il creditore e il debitore, per non obbligare il primo ad interrompere la prescrizione contro dell'altro, turbando la pace domestica e la reciproca fiducia, e per evitare atti inutili, la prescrizione è sospesa: 1) fra coniugi, quando anche siano separati di beni o personalmente; 2) fra la persona, cui spetta la patria potestà, abbia o non abbia l'usufrutto legale, e quella, che vi è sottoposta; 3) fra il minore o l'interdetto e il suo tutore, sino a che sia cessata la tutela, e ne sia reso definitivamente ed approvato il conto; 4) fra il minore emancipato, il maggiore inabilitato e il suo curatore; 5) fra l'erede e l'eredità accettata col beneficio dell'inventario: onde l'erede non può prescrivere a danno dell'eredità, nè questa può prescrivere a danno di lui; 6) fra le persone, che *per legge* sono sottoposte all'amministrazione altrui e quelle, a cui l'amministrazione è commessa: quindi la prescrizione non corre fra il figlio naturale e il genitore esercente la tutela legale, fra l'assente e l'immesso nel possesso dei beni di lui (art. 39). Art. 2119.

L'*interruzione* della prescrizione può essere *naturale* o *civile* (art. 2123). L'interruzione *naturale,* che segue, allorchè *per più di un anno* il possessore viene privato del possesso della cosa (art. 2124), di regola ha luogo nell'usucapione e non nella prescrizione estintiva: può verificarsi soltanto nella prescrizione delle servitù, che si estinguono per *non usus,* allorchè non vengano esercitate. La prescrizione può essere *civilmente* interrotta dagli atti seguenti: 1) la domanda giudiziale, sotto qualunque forma venga proposta, innanzi ad autorità

giudiziarie o amministrative, direttamente o riconvenzionalmente. Tale domanda interrompe civilmente la prescrizione, sebbene il magistrato, innanzi a cui fu proposta, sia incompetente *ratione materiæ* o *ratione loci.* All'incontro la prescrizione si ha come non interrotta: α) se la citazione o intimazione è nulla per incompetenza dell'ufficiale, che l'ha eseguita, o per difetto di forma; β) se l'attore recede dalla domanda, ammenochè non voglia, rinunziando alla prima istanza, proposta innanzi a giudice incompetente, riproporla innanzi al magistrato competente; γ) se la domanda è perenta; δ) se è rigettata *processualmente;* rigettata in merito, l'azione sarebbe estinta per effetto del giudicato (articolo 2128); 2) *precetto intimato alla persona, a cui si vuole impedire il corso della prescrizione;* 3) *sequestro giudiziario o conservativo presso il debitore o presso un terzo;* 4) *atti di costituzione in mora,* che con qualunque forma dimostrino l'intenzione del creditore di far valere il suo diritto; 5) *chiamata o presentazione volontaria per la conciliazione,* purchè fra due mesi dalla non seguita conciliazione sia intentata la domanda giudiziale.[1] La prescrizione è interrotta, sebbene la domanda riguardi una controversia, che non può essere transatta; è interrotta del pari per effetto del compromesso, finchè dura il potere degli arbitri (articolo 2125); 6) il riconoscimento *espresso* o *tacito* del

---

[1] Secondo il Codice di Proc. francese nessuna domanda giudiziale è ammissibile, se non è preceduta da un tentativo di conciliazione; di conseguenza dovevasi senza meno accordare al medesimo efficacia interruttiva. Essa avrebbe dovuto cessare presso di noi, poichè il nostro Codice di Proc. civile non richiede più in nessun caso il previo tentativo di conciliazione; tuttavia la Commissione coordinatrice (*Proc. verb.,* 44, V, 543) ha stimato utile conservare forza interruttiva al tentativo di conciliazione, perchè dimostra anche esso la volontà del creditore di far valere il proprio diritto, qualora il tentativo non riesca.

debito. — Il riconoscimento tacito può risultare: *a*) dal pagamento degl'interessi; *b*) dalla domanda di una dilazione; *c*) dalla dazione e dall'aumento di garentie ipotecarie, fideiussorie o pignoratizie ec. — La prescrizione del debito non è interrotta dalla iscrizione o rinnovazione dell'ipoteca (art. 2127), nè dalle trattative bonarie cominciate tra le parti prima che la prescrizione fosse compiuta ec. Per togliere ogni argomento alla prescrizione, il creditore può ogni *ventotto anni* richiedere dal debitore di una rendita o prestazione annua qualunque, che debba durare per più di trent'anni, un documento nuovo *ricognitivo* del debito (art. 2136).

§ 128. — Contestazione della lite.

Nel diritto italiano la contestazione della lite, non solo non ha più la forma, nè produce gli effetti della *contestatio litis* del diritto romano, ma non si verifica neppure nello stesso momento. La contestazione oggidì ha soltanto lo scopo di ordinare la lite, *ordinatoria litis; limitando* l'arbitrio delle parti, cui non è dato dopo la contestazione proporre nuove domande, e *determinando* i poteri del magistrato, il quale deve giudicare secondo le deduzioni svolte sino allora: *iuxta alligata et probata, et non ultra petita.* La contestazione ha luogo nel procedimento *formale,* quando la causa è restata ferma a ruolo (art. 175 e 176, Proc. civ.); e nel procedimento sommario, quando è *chiusa* l'udienza, nella quale fu fatta la *relazione* della causa (art. 360, Proc. civ.). Tutti gli altri effetti della *contestatio litis* oggi derivano dalla *domanda giudiziale;* dal momento, in cui essa viene proposta: 1) la prescrizione è interrotta (art. 2125); 2) *omnes omnino actiones ad et in hæredem transeunt;* 3) il possessore di buona fede deve restituire al revindicante tutti i frutti

pervenutigli (art. 703); 4) se non fu stabilito un termine per l'adempimento dell'obbligazione, decorrono gl'interessi sulla somma dovuta (articoli 1231, 1223, 2° comma); 5) gl'interessi scaduti producono altri interessi (*anatocismo*) nella tassa legale, o nella misura, che verrà pattuita in una convenzione posteriore alla scadenza dei medesimi (art. 1242); 6) *qui dolo desiit possidere* è tenuto a ricuperare la cosa all'attore; e non potendo, a risarcirgliene il valore, senza che l'attore sia pregiudicato nel diritto di proporre invece la sua azione contro il nuovo possessore o detentore (art. 437). Se il convenuto ha alienata la cosa dopo la domanda, l'attore può eseguire anche contro l'avente causa la sentenza pronunziata contro l'alienante, senza offesa del principio: *res inter alios iudicata tertio non nocet;* 7) la domanda giudiziale fonda l'*exceptio rei in iudicio deductæ* (eccezione di litipendenza), la quale dura sino a che non sorga l'*exceptio rei iudicatæ.*

§ 129. — Della sentenza e della *res iudicata.*

Il pronunziato del magistrato non *crea,* bensì *dichiara* il diritto delle parti contendenti e in un certo senso lo *rafforza.* Ma non ogni pronunziato giudiziale ha forza e virtù di giudicato: *Res iudicata dicitur quæ finem controversiarum pronuntiatione iudicis accepit, quod vel condemnatione vel absolutione contingit* (L. 1, Dig. 42, 1). Il giudicato suppone:

1) che il magistrato abbia giudicato sulle contrarie deduzioni delle parti: i decreti emessi *inaudita parte,* le ordinanze e in generale tutti gli atti di volontaria giurisdizione non legano nè il magistrato, nè le parti, poichè queste possono domandare e quegli ordinare la revoca o la modifica del primo provvedimento;

2) che la sentenza definisca *tutta* la controversia o una quistione incidentale *influente sul merito:* quindi

anche le sentenze *interlocutorie* possono acquistare autorità di cosa giudicata, allorchè sono *definitive* intorno a un punto della controversia, come se dichiarano ammissibile un mezzo di prova, o decidono a quale delle parti incomba l'*onus probandi.* All'incontro non legano il magistrato, nella decisione del merito, gli apprezzamenti da lui manifestati in una precedente sentenza interlocutoria, o la dichiarazione, che fossero rilevanti e pertinenti alcuni fatti, che in prosieguo risultano non pertinenti, nè rilevanti;

3) che la sentenza sia *irrevocabile,* sia per rinunzia ai mezzi d'impugnativa, sia perchè questi sono stati inutilmente sperimentati, sia perchè sono decorsi i termini per poterli sperimentare.[1] Non bisogna quindi confondere una sentenza di 1ª istanza *eseguibile,* mercè clausola provvisionale, o di 2ª istanza, di regola eseguibile non ostante il ricorso per annullamento, con una sentenza passata in *cosa giudicata:* poichè e l'una e l'altra, sebbene eseguibili, possono essere riformate dal magistrato superiore.

Tutte le sentenze possono acquistare autorità di giudicato:[2] però quelle delle autorità straniere debbono es-

---

[1] Fra i mezzi straordinari d'impugnativa vi ha quelli della revocazione e dell'opposizione di terzo: questi nei casi previsti dai numeri 1, 2 e 3 dell'art. 494, Codice di Proc. civ., sono ammissibili, indeterminatamente, dopo moltissimo tempo dalla pronunziazione della sentenza; onde questa non acquisterebbe mai autorità di giudicato, se dovesse essere esclusa anche la possibilità dei due gravami suddetti. Perciò noi riteniamo col Viti, op. cit., n. 186, che finchè essi non sono sperimentati, la sentenza, contro cui siano stati inutilmente esauriti gli altri gravami, debba ritenersi come giudicato.

[2] Le sentenze della Corte di Cassazione, allorchè annullano e rinviano ai giudici inferiori, senza decidere il merito della causa, oppure decidono in merito intorno alla quistione di competenza, non hanno autorità di giudicato: poichè può avvenire, che la causa ritorni innanzi alla medesima Corte di Cassazione a sezioni riunite, e queste vadano in sentenza contraria alla sezione semplice (art. 547, Proc.

sere rese esecutive con apposito giudizio di delibazione, e il *lodo arbitrale* con decreto del Pretore, giusta l'articolo 24 del Codice di Proc. civile. Anche le sentenze *nulle* possono acquistare virtù di giudicato, se contro di esse non furono sperimentati i legittimi gravami; quindi può divenire irrevocabile una sentenza resa da un giudice *incompetente* per ragione di materia, o pronunziata da un numero di magistrati inferiore a quello stabilito dalla Legge sull' ordinamento giudiziario. Però è chiaro, che una sentenza *inesistente* per difetto di *giurisdizione*, resa da chi non fosse magistrato, non potrebbe acquistare autorità veruna, nè per decadenza dai legittimi gravami, nè per prescrizione.

Dal giudicato nasce una nuova azione, *quæ ex causa iudicati descendit*, nel senso, che all' azione intentata in giudizio, che fosse soggetta a una prescrizione breve, sottentra l' *actio iudicati* rivolta all' *esecuzione* della sentenza, la quale è soggetta, in ogni caso, soltanto alla prescrizione di trenta anni in materia *civile* e di *dieci* anni in materia *commerciale*. Per la medesima ragione la condanna al pagamento d' interessi maturati non è soggetta alla prescrizione degl' *interessi*, bensì a quella del *capitale*.

Per evitare giudicati *contraddittorii*, e perchè i diritti non siano lungamente incerti, non è lecito rimettere in dubbio la verità di ciò, che è stato definito dal giudicato; a chi tentasse riproporre la medesima quistione si opporrebbe l' *exceptio rei iudicatæ*, la quale, secondo l' immaginosa espressione degli antichi pratici: *facit de albo nigrum et de nigro album* (*res iudicata pro veritate habetur*). Essa è opponibile ogni qualvolta fra le stesse parti si voglia rimettere in dubbio la sussistenza del punto deciso dalla sentenza: *Et generaliter, ut Iulianus definit, exceptio rei iudicatæ obstat, quo-*

civ.). Di conseguenza non hanno autorità di giudicato, se non le sentenze che risolvono a sezioni riunite quistioni di competenza, e quelle proprie della Corte di Cassazione di Roma, intorno all' incompetenza assoluta del potere giudiziario; ritenuta la quale, il rinvio non ha luogo (art. 544, Proc. civ.).

ties inter EASDEM PERSONAS EADEM QUÆSTIO *revocatur* (L. 7, § 4, Dig. 44, 2). Su questa legge i pratici fondarono la regola, che l'*exceptio rei iudicatæ* fosse opponibile, quando concorressero i seguenti requisiti d'identità obbiettiva e subbiettiva: 1) *eadem causa;* 2) *eadem res;* 3) *eædem personæ* (art. 1351).

A) L'*eadem causa* è l'identico fondamento giuridico dell'azione (*causa prossima, non remota*): domandato il rilascio di un fondo coll'*actio locati conducti,* lo si può in seguito ridomandare colla *reivindicatio,* se la prima azione è stata respinta. Dalla *causa* bisogna distinguere i mezzi e le ragioni, su cui la domanda e l'eccezione possono essere fondate; di conseguenza osta la cosa giudicata a chi voglia riproporre la medesima domanda, già respinta, fondandola su *fatti* non allegati, o su *leggi* non invocate la prima volta. Una domanda di nullità per vizi di forme, del consenso o per qualsiasi altra causa, se è stata respinta, impedisce, che venga proposta un'altra domanda fondata su vizi di egual natura; altrimenti i giudicati sarebbero sempre provvisorii; il giudizio di nullità di un testamento segreto potrebbe riproporsi tante volte, quante sono le formalità richieste per la validità di esso. Vi è a questo proposito una notevole differenza fra i diritti reali e i personali: *non ut ex pluribus causis deberi nobis idem potest, ita ex pluribus causis idem potest nostrum esse* (L. 159, Dig. *De reg. iuris*): quindi se nel primo giudizio si è fatto valere un diritto personale fondato su di una *causa determinata,* può dipoi farsi valere un diritto eguale fondato su causa diversa; all'incontro, sperimentandosi un'azione reale, ha luogo l'*adprehensio uno iudicio omnium causarum,* per modo che non è lecito per causa diversa riproporre la medesima questione;[1]

[1] « Actiones in personam ab actionibus in rem in hoc differunt, quod quum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes

salvo che nel primo giudizio l'attore abbia agito *ex causa certa*, e nel secondo agisca *ex alia causa adiecta*,[1] oppure dopo il giudizio sia sopravvenuta un'altra *causa petendi*.

B) L'*eadem res* è l'obbietto dell'azione e dell'eccezione, su cui le parti hanno litigato, e il magistrato ha emessa la sua sentenza *(tantum iudicatum, quantum litigatum)*.[2] Si considera come *eadem* anche la *res*, che posteriormente sia stata accresciuta, diminuita o modificata, se non ha per tali fatti mutata la sua originaria natura, e se gli accrescimenti e le modificazioni non hanno esistenza propria e distinto regolamento giuridico: così, respinta la revindica del fondo, osta il giudicato alla revindica dell'*incrementum* (*accessio*, *pars fundi*); respinta la revindica del gregge, non si possono revindicare i singoli capi; respinta la domanda tendente ad ottenere il rilascio di una cosa, a quella tendente ad ottenere i frutti di essa osta l'*exceptio rei iudicatæ*.

C) La sentenza non ha effetto, se non rispetto alle *parti*, fra le quali è stata resa: *Res inter alios iudicata neque emolumentum afferre his, qui iudicio non interfuerunt, neque præiudicium solet irrogare* (L. 2, Cod. *Quibus res iud. nocet*). — Di conseguenza la sentenza pronunziata contro o a favore di un condebitore

---

singulæ causæ sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur: at quum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causæ una petitione adprehenduntur; neque enim amplius, quam semel res mea esse potest, sæpius autem deberi potest. » (L. 14, § 2, Dig. 44, 2.)

[1] Vedi l'ARNDTS-SERAFINI, § 116, nota 11 (*b*); L. 11, § 2, Dig. 44, 2.

[2] In virtù di questo principio non si ammettono giudicati *impliciti*, ammenochè la decisione del punto implicitamente deciso non sia una conseguenza necessaria della decisione esplicita di altre quistioni, nel qual caso si ha il così detto *giudicato di necessità*. LAURENT, XX, n. 37 e 34.

rateale non nuoce e non giova agli altri: quella pronunziata contro del venditore, non fa stato contro il compratore, che abbia trascritto il suo titolo d'acquisto, prima che l'azione venisse intentata e non è intervenuto nel giudizio. Sono *parti* tutti coloro, che sono intervenuti nel giudizio, come attori o convenuti, interventori o chiamati in causa, presenti o contumaci, purchè legalmente citati.

L'identità subbiettiva suppone: 1) che la seconda domanda venga proposta da e contro le stesse persone; 2) che queste intervengano nel secondo giudizio colla *medesima qualità*.

Quindi la sentenza emanata contro o a favore del mandatario, del tutore e del sindaco, e in generale di qualsiasi mandatario legale, giudiziale o convenzionale, fa stato a favore e contro della persona fisica o giuridica, che sia stata rappresentata in giudizio: le sentenze emanate contro il defunto fanno stato contro tutti i successori a titolo universale. All'incontro l'*exceptio rei iudicatæ non obstat* a chi prima abbia agito come rappresentante, ad esempio, come sindaco di un Comune, e in seguito agisca in nome proprio.

Pel principio: *nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet,* pel rispetto dovuto alla buona fede dei terzi, per l'indivisibilità di alcuni diritti e per altre speciali ragioni, talora la cosa giudicata produce effetto anche rispetto a persone non intervenute nel giudizio. Così: 1) le sentenze pronunziate contro il *causam dans* hanno effetto anche contro l'acquirente e in favore di lui, se egli ha trascritto il suo titolo, dopochè era già intentata l'azione; 2) fanno stato anche contro i creditori chirografari le sentenze pronunziate contro il debitore, e che diminuiscono il patrimonio di lui, salvo il rimedio dell'opposizione di terzo in caso di dolo o collusione (art. 512, Proc. civ.); 3) le sentenze

pronunziate contro o a favore dell' erede apparente fanno stato anche contro l' erede vero (art. 933); 4) respinta l' azione *confessoria servitutis*, promossa da uno dei comproprietari, la cosa giudicata fa stato anche rispetto agli altri, per l' indivisibilità del diritto di servitù; 5) per le medesime ragioni le sentenze, che risolvono quistioni di stato, allorchè sono state pronunziate in contraddittorio della persona, che aveva il maggiore interesse di opporvisi (*legittimo contraddittore*) e dal magistrato competente a conoscerne in via principale, fanno stato contro tutti i membri viventi e nascituri della famiglia, ed anche contro i terzi.[1]

Non è lecito però generalizzare senza fondamento, sostenendo che i *giudicati di qualità* in ogni caso facciano stato *erga omnes*: prevale invece nella dottrina e nella pratica l' opinione, che anche i giudicati sulla qualità di erede, di commerciante, ec. non facciano stato, se non fra le parti intervenute nel giudizio.

Il giudicato penale irretrattabile dà luogo all'*exceptio rei iudicatæ*, se a carico della medesima persona si voglia riproporre l' *eadem quæstio*, fondata sullo stesso fatto delittuoso. Il giudicato penale fa stato *erga omnes* per gli effetti penali e civili, e specialmente pel risarcimento dei danni, quando il fondamento di questi (*il fatto delittuoso*) sia riconosciuto dai giudici penali; in tal caso il condannato non può rimettere in dubbio la sua colpabilità innanzi ai magistrati civili.[2] All' incontro al-

---

[1] Vedi GIANTURCO, *Istituzioni* (Sistema), pag. 179, n. 2.

[2] Il condannato può difendersi soltanto col dimostrare, che mancano gli elementi del delitto civile, ad esempio, che il fatto non ha prodotto alcun danno morale o materiale. Però, se nel giudizio penale vi fu costituzione di parte civile e il magistrato ha pronunziato sull' *an debeatur*, i magistrati civili non possono più ritornarvi sopra, e debbono star contenti a determinare il *quantum debeatur*.

l'imputato o accusato non giova invocare l'assolutoria ottenuta in giudizio penale, se dalla sentenza non venne esclusa o 1) l'*esistenza materiale* del fatto, o 2) la *partecipazione* di lui. Di conseguenza l'assolutoria pronunziata dalle *giurisdizioni istruttorie* per insufficienza d'indizi non toglie l'azione civile di risarcimento, poichè il processo penale può riaprirsi per indizi, che sopravvengano. L'assolutoria per inesistenza di reato, quando manchi uno degli elementi dell'imputabilità o sia prescritta l'azione penale, non toglie l'azione civile, se il fatto costituisce tuttavia un *delitto civile,* e non è ancora prescritta l'azione civile di risarcimento. Per siffatte ragioni i verdetti assolutorii dei giurati, che per natura loro non sono motivati, non possono opporsi come giudicati alla parte lesa, che in via civile sperimenti l'azione di risarcimento: i verdetti assolutorii in tema di falsità di documenti non pregiudicano la questione *obbiettiva* della verità o falsità di essi, poichè i documenti possono essere falsi, sebbene non concorrano sufficienti indizi a carico dell'accusato, oppure sia esclusa la partecipazione di lui al reato.

Il giudicato sta nel *dispositivo* e non nei *motivi* della sentenza; questi possono soltanto invocarsi per chiarirlo, o determinarne l'estensione e gli effetti.

§ 130. — Dell' esecuzione.

I mezzi di esecuzione delle sentenze sono: 1) l'*arresto personale;* 2) la procedura per *rilascio;* 3) la procedura *mobiliare per pignoramento;* 4) quella *immobiliare per espropriazione.*

Non è più riconosciuta dal nostro Codice l'aggiudicazione in pagamento, ammessa dal diritto romano e dal Codice sardo, per effetto della quale i beni del debitore erano aggiudicati al creditore, sino alla concor-

renza del suo credito, salvo al debitore e ad altri creditori ipotecari di lui il diritto di chiederne entro un certo termine la vendita all'incanto. « Quando il creditore, osservò il Pisanelli (*Relazione*, III, 99), si appigliò all'accennato mezzo di esecuzione, ciò avvenne perchè l'immobile era di un valore eccedente di molto il prezzo, per cui veniva aggiudicato, mentre non vi erano creditori che avessero diritto di chiedere successivamente la vendita; così l'aggiudicazione si risolveva in un lucro esorbitante pel creditore, in un danno gravissimo pel debitore spropriato. »

1) *Dell' arresto personale.*

Sarebbe opera lunga e faticosa riandare le vicende storiche dell'esecuzione sulla persona, e riesaminare gli argomenti addotti per l'abolizione e pel mantenimento di essa. Il Codice civile del 1865 saviamente proibì ogni stipulazione, per effetto della quale la libertà individuale di un cittadino fosse messa a prezzo; stabilì che l'arresto non avesse mai luogo di diritto (art. 2093), determinò inoltre i casi tassativi, in cui il magistrato *dovesse*, sull'istanza della parte avversa, e quelli in cui *potesse ordinarlo* (art. 2094 e 2095, Codice civ.). Nel Codice di commercio del medesimo anno gli articoli 717 a 737 ammisero l'arresto per debiti commerciali anche contro i non commercianti, le donne e i minori con apposite limitazioni. La Legge del 6 dicembre 1877 abolì l'arresto personale così in materia *civile*, come in materia *commerciale*. Onde oggi esso è conservato soltanto per ottenere l'adempimento di obbligazioni nascenti da *crimini* e da *delitti*: e *può* essere ordinato, se il magistrato lo reputa opportuno, anche contro gli autori di *contravvenzioni* (art. 1, 2 e 3, Legge 6 dicembre 1877).

L'arresto personale non può essere ordinato per una somma principale minore di lire 500: nella medesima non si comprendono nè le spese, nè gli accessorii (art. 2096). La durata dell'arresto non può eccedere l'anno per le obbligazioni nascenti da crimini, sei mesi per quelle nascenti da delitti, e non può essere minore di tre giorni, nè maggiore di tre mesi per quelle nascenti da contravvenzione (art. 4, Legge cit.). Nel determinare la durata dell'arresto l'autorità giudiziaria deve tener conto delle circostanze del fatto e del valore dell'obbligazione (art. 2102).

Per la particolare protezione, che la legge accorda ad alcuni debitori, l'arresto è vietato contro: 1) i minori e le donne; 2) gl'interdetti; 3) coloro, che hanno compiuto l'età di anni sessantacinque; 4) gli eredi del debitore (art. 2097).

Pei rapporti intercedenti fra il creditore e il debitore, l'arresto non può essere pronunziato a profitto: 1) del coniuge; 2) degli ascendenti, dei discendenti, dei fratelli e delle sorelle del debitore; 3) degli affini nello stesso grado; 4) degli zii e dei nipoti (art. 2098).

Soddisfatta la sua obbligazione, il debitore è liberato. Può anzi ottenere una *liberazione temporanea,* se paghi un quarto della somma dovuta cogli accessorii, e dia pel residuo debito una cautela riconosciuta sufficiente, prima dell'arresto, dall'autorità giudiziaria civile o penale, che ha pronunziata la condanna; dopo l'arresto, dal Tribunale del luogo, dove egli trovasi detenuto. Scaduto il termine assegnato al debitore, il creditore può far procedere ad un nuovo arresto, pur rimanendo ferme le cautele prestate (art. 2104). Il debitore, che ha subito l'arresto personale, non può più essere arrestato o ritenuto per debiti, *contratti prima* del suo arresto ed esigibili al tempo del suo rilascio, salvochè per tali debiti siavi luogo a un arresto più

lungo di quello, che ha già sofferto, del quale però gli sarà tenuto conto nel computare la durata del nuovo arresto (art. 2103).

2) La procedura per *rilascio* ha luogo, allorchè il convenuto è obbligato a *consegnare* un oggetto *mobile* o a *rilasciare* un *immobile*. Il rilascio è la conseguenza di un'obbligazione di DARE da parte del debitore; e spetta al creditore, sia che egli abbia un diritto reale sulla cosa, sia che abbia un mero diritto personale per domandarla; ad esempio, quello nascente in favore del conduttore dalla *locatio-conductio* (art. 741 e segg., Proc. civ.).

3, 4) *Della esecuzione mobiliare e della espropriazione.*

Il nostro Codice non obbliga il creditore, come alcune legislazioni anteriori, ad escutere i *mobili* del debitore, prima di procedere alla espropriazione degli *immobili* (art. 2078); poichè la maggior protezione accordata alla proprietà fondiaria si traduceva in ispese dannose al debitore e in un ritardo inutile pel creditore. Anzi non è vietato neppure di *cumulare* entrambi i mezzi di esecuzione, mobiliare e immobiliare: se però il cumulo riuscisse di danno al debitore e di niun profitto al creditore, il magistrato potrebbe escludere uno dei due mezzi esecutivi. Potrebbe del pari limitare l'esecuzione ad alcuni soltanto dei beni pignorati o espropriati, escludendone gli altri, se quelli che rimangono son bastevoli a soddisfare il creditore (art. 2088).

L'esecuzione suppone: 1) che il debito sia certo (*an debeatur*); 2) liquido (*quantum debeatur*); 3) che possa determinarsi in una somma di danaro (art. 2081). L'espropriazione può aver luogo in forza di un *titolo esecutivo* (art. 554, Proc. civ.), quantunque i beni *non siano ipotecati* in favore dell'istante. Però il creditore ipotecario non può espropriare beni non ipotecati in suo favore,

se non quando vi consenta il debitore o i beni ipotecati siano insufficienti (art. 2080). L'espropriazione può aver luogo contro qualunque persona, capace, o incapace, fisica o giuridica: ma per la natura *dichiarativa* e non *traslativa* della divisione, il creditore di uno dei comproprietari di un immobile non può procedere alla subastazione della parte indivisa, spettante al suo debitore, se prima non faccia eseguire la divisione: il divieto cessa, se l'istante è creditore di tutti i comproprietari (art. 2877). L'espropriazione s'inizia col precetto di pagamento intimato al debitore, e contenente la designazione dei beni, che si espropriano, con tutte le indicazioni atte a determinarne l'identità (art. 2084). Esso deve essere trascritto in ciascun ufficio delle ipoteche del luogo, ove sono situati i beni da subastarsi. — L'istanza di espropriazione però è soggetta ad una *speciale perenzione,* fondata sull'interesse pubblico, che giudizi di tal fatta si definiscano sollecitamente: qualora l'istanza venga abbandonata per un anno, il debitore può liberamente alienare i beni e i frutti, e questi sono sciolti dal vincolo della legale *immobilizzazione,* dipendente dalla trascrizione del precetto (articolo 2085).

FINE.

INDICE.

DELLA TUTELA E DELLA CURA.

DIRITTI REALI.

DELLE SERVITÙ.

DIRITTO DELLE OBBLIGAZIONI.

CONTRATTI SPECIALI.

DIRITTO DELLE SUCCESSIONI.

DISPOSIZIONI COMUNI ALLE SUCCESSIONI LEGITTIME E TESTAMENTARIE.

DELLE AZIONI.